

## WPNR 2016(7127) De welwillendheidsbeslissing: waar een wil is, is een wet?

<b>Publicatie</b>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
<b>Aflevering</b>	147 afl. 7127
<b>Paginanummers</b>	938-948
<b>Publicatiedatum</b>	19 november 2016
<b>Auteurs</b>	Mr. B. Kemp, Advocaat te Den Haag en universitair docent bij het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies aan de Universiteit Maastricht. (kemp@dvdw.nl); Mw. mr. M.E.C. Lok, Advocaat en partner te Den Haag. (lok@dvdw.nl)

## De welwillendheidsbeslissing: waar een wil is, is een wet?

## 1. Inleiding: heropening van de discussie

Op 30 maart en 1 april 2015 werden twee op eerste gezicht tegenovergestelde beslissingen genomen door rechters van de Rechtbank Overijssel.<sup>1</sup> In beide gevallen werd verzocht drie onafhankelijke deskundigen aan te stellen om de waarde van bepaalde aandelen vast te stellen. Dit werd gedaan op grond van een statutaire bepaling waarin was opgenomen dat de rechtbank deskundigen zou (kunnen) benoemen.

Aan beide verzoeken lag geen wettelijke bepaling ten grondslag. Er is geen bepaling op grond waarvan aandeelhouders zich tot de rechter kunnen richten voor de benoeming van deskundigen om de waarde van bepaalde aandelen te bepalen. Toch weerhield dit de desbetreffende rechters er niet van een beslissing te nemen. In de beslissing van 30 maart 2015 werd overgegaan tot benoeming van een drietal deskundigen. Twee dagen later werd door een rechter van diezelfde rechtbank een verzoek tot benoeming van deskundigen afgewezen. In de eerste beslissing werd geoordeeld dat toewijzing van het verzoek mogelijk was, ook wanneer de wederpartij, de andere aandeelhouder, zich hiertegen had verzet. In de tweede beslissing werd door de rechter geoordeeld dat het verzoek tot benoeming van deskundigen niet voor toewijzing vatbaar was, en wel omdat de andere aandeelhouder zich verzette tegen het verzoek en omdat tussen partijen een geschil bestond over de te voeren procedure.

Wanneer een rechter een beslissing neemt waaraan geen wettelijke bepaling ten grondslag ligt, dan wordt dit in de literatuur gekarakteriseerd als een 'welwillendheidsbeslissing'. Een dergelijke situatie deed zich ook voor in de hierboven geïntroduceerde zaken. De vraag is evenwel of een rechter dergelijke beslissing moet (willen) nemen en, zo ja, of hij dit onder alle omstandigheden moet doen.

In dit artikel zal nader worden ingegaan op deze vragen. Eerst wordt uiteengezet wat een welwillendheidsbeslissing is en wanneer hiervan wel of geen sprake is (paragraaf 2). Bijzondere aandacht wordt daarbij gegeven aan het verschil met een vordering tot nakoming en aan een recent fenomeen in het faillissementsrecht, de aanwijzing van de 'beoogd curator', ten aanzien waarvan kan worden gesteld dat dit eveneens een welwillendheidsbeslissing is. Vervolgens gaan wij in op de vraag of beide partijen het verzoek aan de rechter moeten steunen (paragraaf 3). Een vraag waarover, blijkens de voornoemde beslissingen, verschillend kan worden gedacht. Daarna proberen wij de positie van de welwillende rechter te kwalificeren, waarbij ook aandacht wordt besteed aan het risico van aansprakelijkheid van de rechter (paragraaf 4). Mede aan de hand van de bevindingen in de voornoemde paragrafen zal vervolgens worden uiteengezet in hoeverre - in de ogen van auteurs - welwillendheidsbeslissingen wenselijk zijn en wat de betekenis voor de praktijk is (paragraaf 5). Afgesloten wordt met een pleidooi voor een wettelijke grondslag en een conclusie (paragraaf 6 en 7).

## 2. De welwillendheidsbeslissing: vaststelling vs. vormgeving

## 2.1. Welwillendheidsbeslissingen geen (eigenlijke of oneigenlijke) rechtspraak

Om te kunnen bepalen of een rechter welwillendheidsbeslissingen zou moeten (willen) nemen moet eerst worden vastgesteld wat een welwillendheidsbeslissing is. Wij kijken in dat verband naar de vraag wat als rechtspraak dient te

worden beschouwd en of de welwillendheidsbeslissing hier wel onder kan vallen. Dit is van belang om te bepalen of een welwillendheidsbeslissing valt onder de bij wet vastgestelde taak van de rechter. Daarbij wordt gekeken naar het onderscheid tussen de twee vormen van rechtspraak: eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak.<sup>2</sup>

Verdedigd kan worden dat eigenlijke rechtspraak is gericht op het vaststellen van een rechtsbetrekking waarover tussen de procespartijen een geschil bestaat: het berechten van geschillen.<sup>3</sup> In dit geval gaat het erom dat de (juridische) positie van de procespartijen ten opzichte van elkaar moet worden vastgesteld op grond van het (burgerlijke) recht. Berechting van dergelijke geschillen sluit aan bij de grondwettelijke taak van de rechter zoals neergelegd in art. 112 GW. Dit artikel bepaalt dat aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Dit wordt vormgegeven door middel van rechtspraak. Dat rechters belast zijn met rechtspraak volgt vervolgens uit art. 117 GW.

Oneigenlijke rechtspraak zou enkel berusten op de uitvoering van een wettelijke opdracht<sup>4</sup> (of een wettelijk voorschrift<sup>5</sup>), waarbij de gevolgen niet vrijelijk kunnen worden bepaald door partijen.<sup>6</sup> In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de faillissementsaanvraag.<sup>7</sup> Hoewel dit onderscheid vroeger relevant was voor de vraag of er sprake was van een dagvaardings- of een verzoekschriftprocedure, dient het onderscheid in die zin in de praktijk nauwelijks nog een doel.<sup>8</sup> Voor dit artikel dient het evenwel als een aardig aanknopingspunt.

Wat in de literatuur en jurisprudentie wordt beschouwd als een welwillendheidsbeslissing valt onder geen van beide vormen van rechtspraak. Het heeft op het eerste gezicht wel iets weg van oneigenlijke rechtspraak vanwege het uitvoerende karakter, maar het verschilt op één essentieel onderdeel. Een welwillendheidsbeslissing is namelijk niet gebaseerd op een wettelijke regeling.<sup>9</sup> Er is geen sprake van een wettelijke opdracht of een wettelijk voorschrift.

De grond voor de welwillendheidsbeslissing wordt gevonden in de wil van partijen.<sup>10</sup> Deze wil kan bijvoorbeeld neergelegd zijn in een overeenkomst of in statuten.<sup>11</sup> De rechter handelt krachtens de wil van partijen en/of ter uitvoering van een tussen partijen geldend beding en niet krachtens de wet en in de uitvoering van zijn ambt.<sup>12</sup> Om die reden is ook geen sprake van (eigenlijk of oneigenlijke) rechtspraak,<sup>13</sup> hoewel de welwillendheidsbeslissing wel veelal is vormgegeven als rechtelijke uitspraak en ook op Rechtspraak.nl wordt gepubliceerd.

## 2.2. Toelaatbaarheid van welwillendheidsbeslissingen volgens de Hoge Raad

Dat rechters welwillendheidsbeslissingen nemen is reeds een lang bestaande praktijk. Dit kan onder meer worden opgemaakt uit de al vroege arresten van de Hoge Raad hierover.<sup>14</sup> De Hoge Raad heeft laatstelijk in 1972 het nemen van welwillendheidsbeslissingen nogmaals gesanctioneerd.<sup>15</sup> Het ging daar om een verzoek aan de kantonrechter om de verzoeker te beëdigden als expert op het gebied van bont en pelterijen. De wet voorzag evenwel niet in een dergelijke beëdiging. De kantonrechter had het verzoek afgewezen en in hoger beroep werd verzoeker niet-ontvankelijk verklaard. Omdat het om een daad van welwillendheid jegens de verzoeker zou gaan, zou hoger beroep niet mogelijk zijn geweest, aldus het Hof. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

“dat de beschikking van de Ktr. waarbij werd afgewezen het verzoek van verzoeker om hem te beëdigden als expert op het gebied van bont en pelterijen, naar haar aard moet worden gelijk gesteld, niet met de zgn. welwillendheidsbeslissingen als die waarbij een rechter ingaat op het verzoek om op grond van enig arbitraal beding scheidslieden te benoemen, doch met beschikkingen op het verzoek tot de beëdiging van personen in gevallen waarin de bevoegdheid van de rechter tot zodanige beëdiging op een wettelijk voorschrift steunt;”

Kortom, het verzoek kon niet worden beschouwd als een welwillendheidsbeslissing,<sup>16</sup> maar daarmee erkent de Hoge Raad wel dat welwillendheidsbeslissingen kunnen plaatsvinden. Ook A-G R Emmelink concludeert hiertoe in zijn conclusie bij het arrest.

## 2.3. Geen vordering tot nakoming

De vraag rijst of een wettelijke grondslag dan niet kan worden gevonden in het vorderen van nakoming ex art. 3:296 BW van de tussen partijen overeengekomen contractuele of statutaire bepalingen.<sup>17</sup> Hoewel een verzoek tot het nemen van een welwillendheidsbeslissing en een vordering tot nakoming in zekere zin op elkaar lijken en bovendien

hetzelfde doel kunnen dienen, zijn het twee verschillende instrumenten. In het geval van nakoming gaat het om een verplichting van een partij, die door die partij niet wordt nagekomen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer partijen zijn overeengekomen te zullen meewerken aan het benoemen van een deskundige om aandelen te waarderen in het geval van een verkoop, maar één van de partijen dit weigert. In dat geval kan de andere partij in een dagvaardingsprocedure vorderen dat de weigerende partij alsnog meewerkt.<sup>18</sup> Is sprake van een verzoek tot het nemen van een welwillendheidsbeslissing, dan ligt het anders. Partijen zijn dan veelal overeengekomen dat in het geval van een impasse over de benoeming van een deskundige iedere partij zich individueel tot de rechter kan wenden met het verzoek een deskundige te benoemen (zie paragraaf 2.1.). Dit is geen vordering jegens een andere partij om iets te doen of te laten, maar een verzoek aan de rechter om uitvoering te geven aan een tussen partijen overeengekomen bevoegdheid om onder bepaalde omstandigheden een - niet wettelijk geregeld - verzoek te doen aan de rechter. Een (schadevergoedings)vordering uit hoofde van de schending van een dergelijke bepaling zal daarom eveneens niet snel slagen.

#### 2.4. Voorbeelden uit de praktijk

De wil van partijen, welke de basis vormt voor de welwillendheidsbeslissing, is veelal het gevolg van een contractuele of statutaire bepaling. In die bepaling is dan - bijvoorbeeld - opgenomen dat in het geval van een conflict tussen partijen, iedere partij zich zelfstandig tot de rechter mag wenden met het verzoek een bindend adviseur te benoemen. Het is een bepaling die voorziet in het doorbreken van een impasse tussen partijen bij de benoeming van een derde, veelal een deskundige of bindend adviseur. In één van de genoemde zaken voor de Rechtbank Overijssel was bijvoorbeeld in de statuten opgenomen:

“Tenzij de aanbieder en de medeaandeelhouders anders besluiten wordt de prijs waarvoor de aandelen kunnen worden gekocht vastgesteld door drie onafhankelijke deskundigen, te benoemen door de kantonrechter binnen wiens ressort de vennootschap statutair is gevestigd, op verzoek van de meest gereede partij.”<sup>19</sup>

Onder deze bepaling worden van de andere (niet-verzoekende) partijen in beginsel geen handelingen verwacht, slechts het dulden van het verzoek aan de rechter tot benoeming van een deskundige. Een beroep op deze bepaling is in de regel alleen nodig wanneer partijen zich in een conflict bevinden. Partijen beogen dat een dergelijke bepaling juist in die situatie een duidelijke oplossing verschaft.

De hierboven geciteerde bepaling ziet op de benoeming van een deskundige.<sup>20</sup> Dit is een vrij eenvoudige bepaling. Een welwillendheidsbeslissing kan echter ook gebaseerd zijn op een minder eenvoudige regeling. Een voorbeeld hiervan deed zich voor bij een situatie waarbij één van de aandeelhouders in een lopende enquêteprocedure aanvullende onmiddellijke voorzieningen wilde treffen.<sup>21</sup> De verzochte onmiddellijke voorziening kwam erop neer dat een geschillenregeling in de statuten werd opgenomen. In die statutaire geschillenregeling was onder meer opgenomen:

“Indien op enig moment, in het kader van een enquêteprocedure ingevolge Titel 8, Afdeling 2, Boek 2 BW, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, op verzoek van een aandeelhouder vaststelt dat sprake is van zodanig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders onderling dat dit als duurzame ontwrichting van hun samenwerking in de Vennootschap heeft te gelden, dan kan zij de aandeelhouders gebieden zich te onderwerpen aan onderstaande methode van uitkoop en prijsbepaling terzake van hun aandelenbezit in het kapitaal van de Vennootschap(...).”

Het vaststellen van een bepaalde verhouding door de Ondernemingskamer is niet gebaseerd op de wettelijke regeling. Een implementatie van dit verzoek zou er derhalve op neerkomen dat de Ondernemingskamer een bepaalde toestand moest vaststellen, zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestond. Anders gezegd, de Ondernemingskamer zou op grond van een statutaire regeling een welwillendheidsbeslissing moeten nemen inhoudende dat wordt vastgesteld of sprake is van een zodanig verstoorde verhouding tussen de aandeelhouders onderling dat dit als duurzame ontwrichting van hun samenwerking in de vennootschap heeft te gelden.<sup>22</sup>

Interessant is verder in deze zaak dat het hier niet ging om een reeds bestaande bepaling in bijvoorbeeld de statuten, zoals wel het geval was in de hiervoor genoemde welwillendheidsbeslissingen. Een partij verzocht de

Ondernemingskamer tot het, tegen de wil van de andere partij, opnemen van de voornoemde bepaling in de statuten. Van een eerder bestaande wilsovereenstemming tussen partijen was derhalve geen sprake.<sup>23</sup> Vervolgens werd de Ondernemingskamer gevraagd een verhouding vast te stellen op grond waarvan de gevolgen van de voornoemde bepaling werden getriggerd. In dit geval zou bij toewijzing van het verzoek definitief een nieuwe rechtsverhouding zijn gecreëerd die afweek van de rechtsverhouding zoals deze tussen partijen bestond. Vervolgens zou de rechtstoestand conform die nieuwe maatstaf worden gewaardeerd. De Ondernemingskamer mag bij onmiddellijke voorzieningen afwijken van dwingend recht. De Ondernemingskamer kan echter niet worden verzocht een specifieke rechtstoestand vast te stellen, anders dan direct volgt uit de wettelijke regeling, zoals de vaststelling van wanbeleid.<sup>24</sup>

Weer een ander, maar eveneens actueel voorbeeld van de welwillendheidsbeslissing is het verzoek tot de benoeming van een “stille bewindvoerder”. Is de benoeming van een stille bewindvoerder een welwillendheidsbeslissing? Hiervoor spreekt dat de aanwijzing<sup>25</sup> van stille bewindvoerder (soms met een bijzondere taakaanduiding) vooralsnog<sup>26</sup> geen wettelijke grondslag kent<sup>27</sup> en dat geen hoger beroep lijkt open te staan tegen de beslissing van de rechtbank.<sup>28</sup> Juist vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling wijzen de Rechtbanken Midden-Nederland, Limburg en Overijssel vooralsnog geen stille bewindvoerders aan. Het is derhalve een verzoek dat wordt gedaan - en ingewilligd - op grond van de wil van een partij, de vennootschap in financiële moeilijkheden. Hoewel dit op het eerste gezicht duidt op een welwillendheidsbeslissing en wij het ook als zodanig zouden willen kwalificeren, is wel sprake van een bijzondere situatie. Er is geen sprake van een arbitraal beding op grond waarvan de stille bewindvoerder wordt benoemd. Er wordt bovendien niet alleen een beoogd curator aangewezen, maar ook een rechtercommissaris benoemd. Ook moet de beoogd curator achteraf verantwoording afleggen, ongeacht of de verzoeker uiteindelijk faillieert.<sup>29</sup> Het voorbeeld van de stille bewindvoerder is bovendien bijzonder omdat deze welwillendheidsbeslissing tot op zekere hoogte geïnstitutionaliseerd is met verdergaande interne regelgeving van de (meeste) rechtbanken zelf. Hiervoor komt nu alsnog een wettelijke regeling,<sup>30</sup> waarna de benoeming van een stille bewindvoerder in onze ogen kan worden aangemerkt als een vorm van oneigenlijke rechtspraak.

### 3. Instemming beide partijen vereist?

De rechter heeft de vrijheid welwillendheidsbeslissingen te nemen. Hij is daartoe evenwel niet verplicht.<sup>31</sup> In de praktijk blijkt dat rechters veelal gehoor geven aan dergelijke verzoeken. Hierop bestaat wel een uitzondering. Wanneer één van de partijen de bevoegdheid van de rechter tot het nemen van een welwillendheidsbeslissing betwist, is het in de regel zo dat de rechter zichzelf onbevoegd verklaart,<sup>32</sup> althans geen welwillendheidsbeslissing zal nemen en het verzoek afwijst.<sup>33</sup> Dat partijen hiermee in een eerder stadium wel hadden ingestemd, althans zich daartoe hadden verbonden, acht de rechter klaarblijkelijk niet doorslaggevend. Niet alle rechters nemen echter deze positie in. Dit blijkt goed uit de tegengestelde beslissingen van rechters van de Rechtbank Overijssel, welke ook reeds in de inleiding van dit artikel zijn aangehaald.

In de zaak die ten grondslag lag aan de beslissing van de kantonrechter van de Rechtbank Overijssel van 1 april 2015<sup>34</sup> waren aandeelhouders in een participatieovereenkomst een aanbiedingsplicht overeengekomen. Aan deze plicht was voldaan, maar er bestond nog een geschil over de prijs van de aandelen. Op grond van de statuten kon de meest gereede partij zich wenden tot de kantonrechter voor de benoeming van drie deskundigen. Dit verzoek is aan de Rechtbank Overijssel gedaan door de aanbiedende aandeelhouder. ‘Verweerster’, de andere aandeelhouder, liet echter weten dat zij een uitredingsprocedure zou opstarten, waarbij de aandelen zouden worden gewaardeerd op grond van art. 2:343 lid 4 BW. Het statutaire mechanisme zou volgens verweerster niet volstaan, omdat deze niet een verplichting om te kopen meebrengt. Bovendien zou in de uitredingsprocedure gevraagd worden om een billijkheidsverhoging op grond van art. 2:343 lid 4 BW.<sup>35</sup>

De rechtbank oordeelde dat nu er een geschil bestond over de *procedure*, namelijk de wijze van benoeming van de deskundigen en de wijze van waardering, het verzoek moest worden afgewezen. Kennelijk achtte de kantonrechter de mededeling dat verweerster daadwerkelijk een procedure zou beginnen doorslaggevend, waarbij opvalt dat deze uitredingsprocedure kennelijk nog niet aanhangig was gemaakt.

Twee dagen eerder koos een kantonrechter van diezelfde rechtbank nog een andere aanvliegroute.<sup>36</sup> In deze zaak was sprake van een vennootschap waarvan in de statuten een blokkeringsregeling was opgenomen voor het geval een aandeelhouder tot vervreemding van zijn aandelen wilde overgaan. Deze blokkeringsregeling kwam erop neer dat wanneer een overleg over de waardering van de aandelen niet tot overeenstemming leidde, de verkoopprijs

moest worden vastgesteld door drie deskundigen, van wie ten minste één accountant. De benoeming van de deskundigen zou zo nodig geschieden door de kantonrechter. Eén van de aandeelhouders deed op grond van deze statutaire bepaling een verzoek aan de kantonrechter tot benoeming van drie deskundigen en voerde daarbij aan dat zij op de voorgeschreven wijze binnen de daarvoor gestelde termijn haar voorkeursrecht had uitgeoefend. De verkopende aandeelhouder betwist dat het voorkeursrecht tijdig was uitgeoefend en stelde dat dit recht was komen te vervallen. Om die reden bestond naar de mening van de verkopende aandeelhouder geen ruimte voor (een welwillendheidsbeslissing omtrent) de benoeming van drie deskundigen. Ook hier zag het geschil derhalve op de procedure, mede dat er geen recht op de benoeming van deskundigen bestond en daarmee de grondslag voor de procedure ontbrak.

De kantonrechter overweegt dat voor toewijzing van een verzoek tot benoeming van de deskundigen niet vereist is dat ook de verkopende aandeelhouder met het verzoek tot benoeming instemt en dat hierover tussen partijen ook geen meningsverschil bestaat. Deze eis is in de statuten niet neergelegd. Het debat omtrent de vraag of het voorkeursrecht door de kopende aandeelhouder al dan niet tijdig is uitgeoefend, kan in een gewone procedure worden gevoerd.

Het staat in ieder geval niet in de weg aan het eerder benoemen van deskundigen, aldus de kantonrechter. De kantonrechter benadrukt dat met de benoeming van de deskundigen dan ook niet wordt beslist ten aanzien van het geschilpunt over het voorkeursrecht. Vervolgens beslist de kantonrechter - zonder overigens het woord welwillendheidsbeslissing te gebruiken - tot benoeming van de deskundigen.

Deze beslissing lijkt haaks te staan op andere beslissingen in het kader van welwillendheidsbeslissingen, waar een rechter zich onbevoegd verklaarde op het moment dat sprake was van een geschil over de procedure: de rechtsgeldigheid van het verzoek en/of de bevoegdheid van de rechter.<sup>37</sup> De vraag rijst waarom deze kantonrechter tot een andere conclusie kwam. Het proceseconomische argument dat een waardebepaling niet praktisch was<sup>38</sup>, stond in ieder geval in de ogen van de kantonrechter kennelijk niet in de weg aan de benoeming van de deskundigen. Er zou getwijfeld kunnen worden aan het bestaan van voldoende belang.<sup>39</sup> Het vereiste van voldoende belang ziet evenwel op rechtsvorderingen en daarvan is (juist) geen sprake bij welwillendheidsbeslissingen. Wellicht heeft de kantonrechter het verzoek zo gelezen dat de bevoegdheid van de rechter en de procedure omtrent de benoeming zelf niet betwist werden en dat de benoeming daarom op zijn plaats was. Het 'recht' op grond van de statuten om in die omstandigheden de waarde van de aandelen te laten bepalen en derhalve om deskundigen te laten benoemen is echter onlosmakelijk verbonden aan de uitoefening van het voorkeursrecht van de aandeelhouder. Zonder de rechtsgeldige uitoefening van dit recht hoeft/mag de waardering op grond van de bepaling niet plaatsvinden. De wederpartij betwist dus wel degelijk de grondslag voor de procedure. Bovendien heeft verweerster - blijkens de beslissing - uitdrukkelijk gesteld dat er geen welwillendheidsbeslissing mocht worden genomen, juist omdat er sprake was van betwisting. Het oordeel dat hier geen sprake was van een betwisting van de procedure is dan naar onze mening niet goed houdbaar.

Wordt verweer gevoerd tegen het verzoek tot het nemen van een welwillendheidsbeslissing, dan zal blijkens de jurisprudentie de rechter in de regel geen welwillendheidsbeslissing nemen.<sup>40</sup> Dit zal temeer (en in ieder geval) gelden wanneer de grondslag van het verzoek wordt betwist. De rechter kan dan geen welwillendheidsbeslissing nemen zonder zich, al dan niet impliciet, uit te laten over de rechtsgeldigheid van de bepaling die ten grondslag ligt aan het verzoek. Daarmee zou de rechter zich begeven op het terrein van eigenlijke rechtspraak, hetgeen vanzelfsprekend buiten de reikwijdte van een welwillendheidsbeslissing valt. Een rechter van de Rechtbank Overijssel lijkt een ander, althans een genuanceerder, standpunt in te nemen. Hoewel die nuance in de desbetreffende zaak wellicht minder voor de hand lag, heeft de beslissing wel een bepaalde waarde. Het brengt de vraag naar voren of een eenvoudige of impliciete betwisting van het verzoek tot het nemen van een welwillendheidsbeslissing automatisch moet leiden tot afwijzing van het verzoek of dat het moet gaan om een expliciete betwisting van de grondslag voor het verzoek. Wij zullen daarop nader ingaan in paragraaf 5.2., maar eerst worden grenzen van de welwillendheidsbeslissing nader toegelicht.

#### 4. (Grenzen aan de) bevoegdheid van de rechter

Zoals vermeld, handelt de rechter bij welwillendheidsbeslissingen niet krachtens de wet en in de uitvoering van zijn ambt, maar krachtens de wil van partijen en/of ter uitvoering van een beding. Wij menen dat een rechter niet verplicht

is een welwillendheidsbeslissing te nemen, maar dat hij wel de vrijheid heeft dit te doen. Hierover wordt overigens verschillend gedacht. In de voornoemde beslissing van 1 april 2015 werd overwogen dat er inmiddels een overvloed aan 'jurisprudentie' is die ervan uitgaat dat de rechter *dient* te beslissen op een dergelijk verzoek.<sup>41</sup> Een dergelijke opvatting achten wij niet juist. Hoewel art. 26 Rv bepaalt dat de rechter niet mag weigeren te beslissen, heeft dat artikel geen betrekking op welwillendheidsbeslissingen, juist omdat het in dat geval niet gaat om een aan de rechter toegekende bevoegdheid of de uitvoering van zijn ambt. Hierboven is toegelicht dat welwillendheidsbeslissingen evenwel geen daad van (eigenlijke of oneigenlijke) rechtspraak of een berechting van een geschil zijn, maar een daad van welwillendheid. Er is daarom ook geen mogelijkheid tot hoger beroep.<sup>42</sup> Partijen zijn ook niet gebonden aan de beslissing *omdat* de rechter recht heeft gesproken, maar omdat zij zich daartoe hebben verplicht op basis van een bepaling in bijvoorbeeld de statuten of een overeenkomst.<sup>43</sup>

Een welwillendheidsbeslissing heeft (dan) ook geen executoriale kracht. Art. 430 Rv bepaalt dat de grossen van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten<sup>44</sup> als executoriale titel kunnen worden aangewezen. Ook bij wet als executoriale titel aangewezen stukken kunnen hieronder vallen.<sup>45</sup> Van dit alles is bij de welwillendheidsbeslissing geen sprake. Er is geen sprake van een akte of een vonnis of beschikking met enig ten uitvoer te leggen aspect. De welwillendheidsbeslissing kent evenwel geen wettelijke grondslag, laat staan een bijzondere bepaling waaruit haar executoriale kracht zou volgen. Dat betekent echter niet dat de welwillendheidsbeslissing geen betekenis heeft. Wordt de welwillendheidsbeslissing niet nagekomen, bijvoorbeeld omdat de verwerende partij de (gevolgen van de) welwillendheidsbeslissing niet erkent, dan zou nakoming kunnen worden gevorderd, eventueel in samenhang met reële executie. Ter illustratie: stel dat deskundigen worden benoemd op grond van een welwillendheidsbeslissing en die deskundigen een prijs vaststellen, maar de aandeelhouder die de aandelen voor die prijs moet kopen weigert, althans tegen die prijs. In dat geval kan de verkopende aandeelhouder bij de kortgedingrechter in een 'gewone' civiele procedure eisen dat de kopende aandeelhouder die aandelen voor de vastgestelde prijs koopt.

#### 4.1. Kwalificatie

Het voorgaande leidt tot de vraag hoe het nemen van deze welwillendheidsbeslissing dan wel moet worden gekwalificeerd. De rechter komt partijen tegemoet door - uit welwillendheid - een beslissing te nemen, zonder tot rechtspraak over te gaan. Kortmann verdedigt dat de positie van de rechter die een welwillendheidsbeslissing neemt gelijkenis vertoont met die van een bindend adviseur.<sup>46</sup> Wij zullen deze gelijkenis verder verkennen.

#### 4.2. Bindend advies

Van een bindend advies is sprake wanneer de beslissing over een geschil krachtens een gezamenlijke opdracht van partijen wordt genomen door één of meer derden.<sup>47</sup> De overeenkomst van partijen met de bindend adviseur wordt gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht<sup>48</sup> en de beslissing die wordt genomen in het kader van bindend advies is een beslissing krachtens een vaststellingsovereenkomst.<sup>49</sup> Deze vaststelling komt tot stand door middel van de beslissing van de benoemde derde (de bindend adviseur).<sup>50</sup> Wanneer een partij de verbintenis die voortvloeit uit een bindend advies niet nakomt, kan haar wederpartij bij de rechter nakoming van het bindend advies vorderen.<sup>51</sup>

Op het eerste gezicht lijkt de rechtsfiguur van bindend advies goed te passen bij de welwillendheidsbeslissing. Er is geen sprake van een rechterlijke uitspraak, maar van een beslissing die haar kracht ontleent aan een tussen partijen (en de bindend adviseur) bestaande overeenkomst. Net als de welwillendheidsbeslissing, is het bindend advies niet voor executie vatbaar op voet van art. 430 Rv.<sup>52</sup> Hoger beroep staat in beide gevallen in beginsel niet open (partijen kunnen hier wel gezamenlijk voor kiezen).

De kwalificatie van een welwillendheidsbeslissing als een bindend advies roept echter ook veel vragen op. Is een partij het oneens met het bindend advies, dan kan hij de vernietiging van dit bindend advies vorderen op grond van art. 7:904 lid 1 BW. De beslissing zal in beginsel worden vernietigd wanneer de inhoud of wijze van totstandkoming van de beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>53</sup> Als een welwillendheidsbeslissing als bindend advies moet worden gekwalificeerd, dan is die beslissing in beginsel dus ook vernietigbaar.<sup>54</sup> Dit lijkt onwenselijk, nu partijen juist de bedoeling hebben (gehad) om een beslissing te krijgen van *een rechter*, welke beslissing - in ieder geval in de praktijk - ook zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij het civiele procesrecht.

Daarbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat vernietiging van een bindend advies niet eenvoudig is. De Hoge Raad heeft bepaald dat slechts wanneer sprake is van ernstige gebreken in de beslissing, de gebondenheid aan die beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.<sup>55</sup> Op de partij die een beroep doet op deze vernietigingsgrond rust bovendien een verzwaarde stelplicht.<sup>56</sup>

Een tweede vraagstuk betreft de hoedanigheid van de rechter. De bindend adviseur is opdrachtnemer; hij staat dus in een contractuele relatie tot de partijen die de opdrachtgevers zijn. Als de welwillendheidsbeslissing een vorm van bindend advies is, dan is de rechter de opdrachtnemer. De contractuele relatie aangaande het bindend advies wordt beheerst door de op de overeenkomst van opdracht van toepassing zijnde wettelijke bepalingen, waaronder Boek 7, titel 7 BW. De bindend adviseur dient als opdrachtnemer tegenover partijen bovendien de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.<sup>57</sup> Blijft hij daarbij in gebreke, dan zal eventuele schade mogelijk op hem verhaald kunnen worden. De bindend adviseur is slechts aansprakelijk indien het in verhouding tot (één van) de opdrachtgevers in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om aan die fouten geen gevolgen ten nadele van een bindend adviseur te verbinden.<sup>58</sup> Niet vereist voor de aansprakelijkheid van de bindend adviseur is dat zijn beslissing is vernietigd op grond van art. 7:904 lid 1 BW.<sup>59</sup> Ook hier is dus sprake van terughoudendheid ten aanzien van bindend advies, maar hieruit volgt niettemin de mogelijkheid om de rechter bij welwillendheidsbeslissingen aansprakelijk te stellen als bindend adviseur wanneer de welwillendheidsbeslissing wordt beschouwd als een bindend advies. Hoe moet dan de aansprakelijkheidspositie van de rechter als bindend adviseur worden ingekleed?

#### 4.3. Aansprakelijkheid van de welwillende rechter?

Op grond van art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) is een rechter niet jegens derden aansprakelijk voor schade die het gevolg is van een rechterlijke uitspraak of voor schade die hij aan derden toebrengt bij vervulling van zijn ambt. Het is de Staat die hiervoor - onder omstandigheden - aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>60</sup> Deze beperking van aansprakelijkheid geldt naar onze mening - op dit moment - niet bij welwillendheidsbeslissingen. Art. 42 Wrra heeft betrekking op de rechter die zijn ambt - dus zijn hiervoor omschreven wettelijke taak - uitoefent, terwijl de rechter die een welwillendheidsbeslissing neemt geen daad van rechtspraak verricht<sup>61</sup> en geen geschillen beslecht.<sup>62</sup>

Wanneer de rechter geen beroep kan doen op art. 42 Wrra zou dit tot gevolg kunnen hebben dat de rechter op dezelfde gronden aansprakelijk is als een 'gewone' opdrachtnemer, namelijk wanneer het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de rechter te verbinden.<sup>63</sup> Er is sprake van een feitelijke invulling waardoor dit risico zelfs met een welwillende uitleg niet uit te sluiten valt als de beslissing wordt gekwalificeerd als bindend advies.

Het is aannemelijk dat de rechters een dergelijke positie als bindend adviseur niet voor ogen hebben wanneer zij een welwillendheidsbeslissing nemen. Zeker niet nu door sommige rechters kennelijk - naar onze mening ten onrechte - wordt aangenomen dat zij verplicht zijn tot het nemen van een dergelijke beslissing.<sup>64</sup> Een rechter zal *zichzelf* naar onze mening niet kwalificeren als bindend adviseur en opdrachtnemer. Een contractuele verhouding tussen rechter en partijen lijkt ons bovendien niet wenselijk en tegelijkertijd afdoen aan de schijn van onafhankelijkheid van de betreffende rechter. Ook Knigge voert aan dat de rechter de werkzaamheden (het nemen van welwillendheidsbeslissingen) uitvoert in het algemeen belang en dat het onacceptabel is dat de rechter (dan) het risico loopt hiervoor persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden. Bovendien worden welwillendheidsbeslissingen vormgegeven als rechterlijke uitspraak, hetgeen erop duidt dat rechters mogelijk niet beseffen dat het niet gaat om een overheidstaak.<sup>65</sup>

Dat een rechter zich wellicht niet realiseert dat het nemen van welwillendheidsbeslissingen mogelijk geen overheidstaak is, vinden wij een weinig overtuigend argument om bindend advies als kwalificatie uit te sluiten. Dit bewustzijn is een verantwoordelijkheid van de rechter en zou geen rol moeten spelen bij de kwalificatie van de rechtsverhouding. Dat sprake is van een taak die in het algemeen belang wordt verricht en dat rechters dientengevolge niet als een bindend adviseur aansprakelijk zouden moeten (kunnen) worden gesteld, vinden wij daarentegen wel relevant, zoals wij in paragraaf 5.1. zullen toelichten.

#### 4.4. Wel of geen bindend advies?

De welwillendheidsbeslissing kan niet worden gezien als het uitoefenen door een rechter van zijn werk als rechterlijk ambtenaar, maar moet het dan worden beschouwd als bindend advies? Dat lijkt ons ongewenst. Het is weinig praktisch om welwillendheidsbeslissingen binnen het kader van het Burgerlijk Wetboek te plaatsen. Het past ook niet echt bij de positie van de rechter. Wordt de welwillendheidsbeslissing niet beschouwd als bindend advies, dan zou dit betekenen dat een welwillendheidsbeslissing ook niet kan worden vernietigd op grond van art. 7:904 BW.<sup>66</sup> Op de vraag hoe de welwillendheidsbeslissing wel moet worden gekwalificeerd kunnen wij geen sluitend antwoord geven. Het is naar haar aard een niet geregeld verzoek. Hieronder zullen wij - na de wenselijkheid van welwillendheidsbeslissingen te hebben besproken - concluderen dat (ook) om die reden een wettelijke basis voor het nemen van welwillendheidsbeslissingen gewenst is.

## 5. Wenselijkheid van welwillendheidsbeslissingen

### 5.1. Wenselijkheid van welwillendheid

Hierboven is erop gewezen dat rechters soms welwillendheidsbeslissingen nemen, maar dat onduidelijkheid bestaat over de positie en aansprakelijkheid van de welwillende rechter. Daardoor rijst de vraag: is het wenselijk dat rechters welwillendheidsbeslissingen nemen?

Aangevoerd kan worden dat rechters zich niet moeten bezighouden met dergelijke werkzaamheden, omdat het niet past binnen de uitoefening van hun wettelijke taak.<sup>67</sup> Rechters zitten ook niet om werk verleggen en ook het nemen van welwillendheidsbeslissingen neemt tijd in beslag.<sup>68</sup> Bovendien komen de kosten voor het nemen van deze beslissingen voor rekening van de gemeenschap, terwijl voor partijen alternatieve mogelijkheden bestaan. Zo kan een ander(e) (niet rechterlijke) instantie/instituut worden verzocht om de deskundige/bindend adviseur te benoemen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, het Nederlands Arbitrage Instituut, het Nederlands Instituut voor Register Valuatoren en de International Chamber of Commerce. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de prijsvaststelling door een deskundige te laten plaatsvinden in de vorm van arbitrage in plaats van bindend advies door middel van een toegespitste arbitrageclausule. Wordt de arbiter niet benoemd, dan geldt op grond van art. 1027 lid 3 Rv dat de voorzieningenrechter arbiters kan benoemen.<sup>69</sup>

Daarnaast is de aansprakelijkheidspositie van welwillende rechters ongewis. Hoewel wij zouden willen verdedigen dat het nemen van een welwillendheidsbeslissing niet kwalificeert als een bindend advies, lijkt het ook niet zo te zijn dat de rechter een beroep kan doen op art. 42 Wvra. De aansprakelijkheidspositie van een rechter die een welwillendheidsbeslissing neemt is daarmee onzeker en niet uitgesloten is dat de rechter in privé aansprakelijk kan worden gehouden. Nu kan daartegen in worden gebracht dat bij het benoemen van een deskundige niet snel een situatie zal ontstaan waarin de benoemende rechter vervolgens aansprakelijk kan worden gehouden, maar we hebben hiervoor laten zien dat welwillendheidsbeslissingen zich ook in meer complexe scenario's kunnen voordoen. Zou de rechter dan maar (bij voorbaat) zijn aansprakelijk zoveel mogelijk moeten uitsluiten en, bijvoorbeeld, vrijwaringen en schadeloosstellingen moeten eisen van partijen? Het komt vreemd over als een rechter dit verzoekt, juist doordat partijen zich tot hem/haar keren *omdat* hij/zij rechter is en geen willekeurige derde. Het is niettemin het overwegen waard zolang niet meer duidelijkheid bestaat.

Zou deze opvatting het einde van de welwillendheidsbeslissing betekenen? De eerste vraag is of dat zo erg is, want er zijn alternatieven beschikbaar. In plaats van een verwijzing in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst naar de rechter, kan even makkelijk naar een alternatief worden verwezen. Bovendien geldt dat een partij die geen medewerking wenst te verlenen aan de welwillendheidsbeslissing, het proces op dit moment veelal vrij eenvoudig kan blokkeren door zich tegen de procedure te verweren. Daarmee is de praktische meerwaarde van de mogelijkheid van een welwillendheidsbeslissing op dit moment al beperkt.

Toch menen wij dat er voor en door partijen in de praktijk wel een toegevoegde waarde wordt gezien in de mogelijkheid om bepaalde beslissingen over te laten aan de rechter, ook wanneer deze geen wettelijke grondslag kennen. Dat blijkt ook wel uit het feit dat dergelijke clausules geregeld door partijen worden overeengekomen en er daadwerkelijk verzoeken aan de rechter worden voorgelegd. Dit zou het gevolg kunnen zijn van de relatieve onbekendheid met het fenomeen van de welwillendheidsbeslissing en van het feit dat met enige regelmaat toch welwillendheidsbeslissingen worden genomen. Een welwillendheidsbeslissing kan een kostbare en langdurige



procedure voorkomen. Bovendien heeft de Hoge Raad - herhaaldelijk - het fenomeen van welwillendheidsbeslissingen gesanctioneerd.<sup>70</sup> In algemene zin kan naar onze mening ook niet worden gezegd dat het vervullen van deze rol ongewenst is met het oog op een goede ambtsvervulling en de handhaving van onpartijdigheid en onafhankelijkheid of het vertrouwen daarin. Partijen komen nu juist overeen dat de rechter een bepaalde beslissing neemt wanneer daarover tussen partijen geen overeenstemming kan worden bereikt, omdat zij vertrouwen hebben in de door de rechter te nemen beslissingen en zich daarbij - als het goed is - vervolgens ook neerleggen. Partijen wendden zich tot de rechter omdat hij rechter is,<sup>71</sup> zelfs als zij hem niet vragen recht te spreken.

## 5.2. Alle soorten verzoeken en consensus

De volgende vragen zijn of een rechter aan alle soorten verzoeken tot het nemen van welwillendheidsbeslissingen gehoor moet willen geven *en* of het noodzakelijk is dat beide partijen het verzoek steunen.

Wat betreft het soort verzoeken menen wij dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds eenvoudige verzoeken, zoals benoemingsverzoeken, en anderzijds meer gecompliceerde verzoeken (zie alinea 2.4 voor dit onderscheid).<sup>72</sup> Wij menen dat de rechter zou moeten meewerken aan een verzoek wanneer dit een relatief eenvoudig verzoek is. Denk daarbij aan het verzoek tot de benoeming van een deskundige. De aan deze verzoeken verbonden kosten zullen ook beperkt zijn. Aan dit soort welwillendheidsbeslissingen bestaat in de praktijk kennelijk ook behoefte en gehoor geven aan dit verzoek is relatief makkelijk. Bovendien lijkt de Hoge Raad dergelijke beslissingen voor ogen te hebben gehad toen hij het nemen van welwillendheidsbeslissingen sanctioneerde. Het wordt lastiger als er sprake is van een meer gecompliceerd verzoek. Dan moet de rechter zich namelijk gaan richten op de positie van partijen, hun handelingen etc. Denk hier weer aan de genoemde voorbeelden bij de Ondernemingskamer. In dat geval komt de rechter dichtbij een situatie van oneigenlijke of eigenlijke rechtspraak, is de casus complexer en zijn de gevolgen mogelijk meer ingrijpend. Hoewel de situatie een bepaalde flexibiliteit van de rechter kan vergen en de omstandigheden een beslissing noodzakelijk kunnen maken, is het in een rechtstaat ook van belang dat hier grenzen aan worden gesteld.

Dan de vraag of bij een dergelijk verzoek instemming van alle partijen vereist is. Als de welwillendheidsbeslissingen worden geaccepteerd, ligt het voor de hand dat instemming van alle partijen met het verzoek aan de rechter niet vereist is.<sup>73</sup> Het is eigenaardig wanneer - bijvoorbeeld - één partij een eerder gezamenlijk overeengekomen benoemingsmechanisme, waarbij aan de rechter kan worden verzocht een persoon te benoemen, kan blokkeren enkel door bezwaar te maken tegen het verzoek. De contractuele of statutaire bepaling is in dat geval een lege huls, omdat juist bij conflicten een beroep op die bepaling zal worden gedaan. Er vindt bij de 'welwillendheidsprocedure' ook geen toetsing van de rechtspositie van partijen plaats, waardoor een eventuele betwisting niet relevant zou moeten zijn. Wil een partij dit ter discussie stellen, dan kan dit in een bodemprocedure of kort geding. Bij een situatie waar er geen eerder overeengekomen beding aan de welwillendheidsbeslissing ten grondslag ligt, wordt de situatie onduidelijker. De rechter wordt dan wel gevraagd verder te gaan dan alleen het uitvoeren van de wil van partijen. Enerzijds lijkt dan de aansprakelijkheid eerder op de loer te kunnen liggen. Anderzijds raakt de beslissing dan eerder art. 42 Wvra omdat er indirect over een geschil wordt beslist. Instemming van alle partijen zal in de praktijk dan ook veelal niet aanwezig zijn, maar de omstandigheden kunnen een beslissing vergen. Ook hier ligt daarom naar onze mening meer voor de hand dat instemming niet vereist hoeft te zijn.

## 6. Pleidooi voor een wettelijke basis

Naar onze mening is het wenselijk dat de rechter tot op zekere hoogte welwillendheidsbeslissingen blijft nemen. Hij zou dit ook moeten kunnen doen wanneer één van de partijen zich tegen een verzoek tot benoeming verzet. Idealiter krijgt dit type welwillendheidsbeslissing een grondslag in de wet. De welwillendheidsbeslissingen vallen dan onder de reikwijdte van het 'rechtspreken' en het uitvoeren van het ambt, waardoor eventuele huiverigheid van de rechter in verband met mogelijke aansprakelijkheid wordt weggenomen. Het zou de rechter ook in staat kunnen stellen om een dergelijke beslissing te nemen wanneer één van de partijen bezwaar maakt tegen het verzoek. Een wettelijke regeling voorkomt bovendien tegenstrijdigheid en willekeur: de ene rechter doet het wel, maar de ander niet. Dit hebben we ook gezien bij de benoeming van de stille bewindvoerder, waar drie rechtbanken niet bereid zijn tot benoemingen over te gaan. In dat specifieke geval wordt dan ook een wettelijke regeling ingevoerd.

Wij zien in dat een algemene wettelijke regeling voor welwillendheidsbepalingen lastig te formuleren is, zonder de rechterlijke macht een “carte blanche”

te verstrekken. Dat geldt overigens niet voor een regeling op grond waarvan een rechter op eerste verzoek een of meer deskundigen kan benoemen. Hoewel het buiten het bestek van dit artikel valt om een volledige bepaling voor te stellen, zou als inspiratie kunnen dienen art. 2:320 lid 2 BW, waarin is bepaald:

“De schadeloosstelling wordt bij gebreke van overeenstemming bepaald door een of meer onafhankelijke deskundigen, ten verzoeken van de meest gerede partij te benoemen door de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de woonplaats van de verkrijgende rechtspersoon is gelegen.”

Op grond hiervan kan iedere partij zich wenden tot de voorzieningenrechter voor de benoeming van de deskundigen. Door een dergelijke bepaling wordt het verzoek binnen de verzoekschriftprocedure gebracht is niet langer sprake van een welwillendheidsbeslissing.

## 7. Conclusie

Zonder een wettelijke regeling blijft het risicovol om in een overeenkomst of statuten op te nemen dat een benoeming zal worden uitgesproken door een rechter. Er is geen zekerheid dat de rechter zal meewerken. Bovendien blijkt uit verschillende beslissingen dat de rechter veelal niet bereid is een welwillendheidsbeslissing te nemen wanneer één van de partijen zich tegen het verzoek verzet, terwijl partijen het eerder wel zijn overeengekomen. Dit betekent dat de toegevoegde waarde van een dergelijke bepaling, die juist in conflictsituaties een belangrijke rol moet spelen en niet tot discussie moet leiden, naar onze mening zeer beperkt is.

Voorlopig kunnen partijen in hun aandeelhoudersovereenkomst en statutaire geschillenregeling derhalve beter kiezen voor een bruikbaar alternatief. In paragraaf 7.1. is een aantal van deze mogelijkheden genoemd en waarvan bekend is dat deze instellingen bereid zijn tot benoeming. Het is niettemin raadzaam deze bereidheid te controleren ten tijde van (en na) het opstellen van de geschillenregeling. Uiteraard kan er ook worden nagedacht over andere geschillenmechanismen, die wel bijvoorbeeld via een vordering tot nakoming kunnen worden afgedwongen.

Uit de praktijk blijkt dat partijen niettemin regelmatig in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst opnemen dat zij zich tot de rechter kunnen wenden met een verzoek waarvoor een wettelijke basis ontbreekt. Hoewel men vraagtekens kan plaatsen bij de redenen hiervoor, constateren wij dat kennelijk sprake is van behoefte aan deze mogelijkheid. De bijzondere positie van een rechter zal hierbij waarschijnlijk een belangrijke rol spelen. Uiteindelijk zou het introduceren van een wettelijke grondslag voor het nemen van welwillendheidsbeslissingen in onze ogen gewenst zijn. Dit biedt zowel partijen als de rechter meer zekerheid met betrekking tot het instrument. De rechter handelt dan binnen de wet en de aan hem toegekende bevoegdheden en zal voor zijn aansprakelijkheid kunnen schuilen achter art. 42 Wvra. Partijen hebben zekerheid dat de rechter een beslissing zal nemen, ook wanneer één van de partijen zich in een later stadium verzet tegen het nemen van een welwillendheidsbeslissing.

## Voetnoten

- 1 Rb. Overijssel 30 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1740; Rb. Overijssel 1 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1940, JOR 2015, 200 m.nt. Groffen.
- 2 Zie hierover: R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, Deel I, Leiden: E.J. Brill 1893, p. 71 - 96; J.G.L. Röder, De Grondtrekken van het Procesrecht der Vrijwillige Rechtspraak, Purmerend: Muuses 1939 (hierna: Röder 1939), p. 2 - 4; Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bewerkt door R.P. Cleveringa, Deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972 (hierna: Van Rossem/Cleveringa 1972), p. 13 e.v. en de aldaar opgenomen literatuur. Zie recenter hierover: H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, Nederland burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Snijders, Klaassen & Meijer 2011), p. 5 - 7; P.A. Stein/A.S. Rueb,

Burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 4 - 5, 323 - 324; B. Kemp, De enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure en het kort geding als dagvaardingsprocedure, de verschillen en onderlinge verhouding, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2015/4, p. 66 - 67, 69. Over de precieze omlijning van beide begrippen en het nut van een onderscheid daartussen wordt gedebatteerd (zie hierover: Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 13 e.v.).

- 3 A. Knigge, Effectieve toegang tot het civiele geding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 227.
- 4 Röder 1939, p. 51.
- 5 Star Busmann/L.E.H. Rutten, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1972 (hierna: Star Busmann/Rutten 1972), p. 9.
- 6 P.A.M. Meijknecht, Uniform procesrecht, een illusie, in: A. Kosto e.a., Grensoverschrijdend privaatrecht. Opstellen aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade, Deventer: Kluwer 1993, p. 161 e.v.
- 7 Ook in het personen- en familierecht is veelal sprake van oneigenlijke rechtspraak (Stein/Rueb 2015, p. 323).
- 8 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 15; Star Busmann/Rutten 1972, p. 7; P.A.M. Meijknecht, Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?, W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 3; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 6. Wel relevant is het voor de vraag of rechtspraak gezag van gewijsde heeft. Zie in dit verband: E. Gras, Is een beschikking gegeven in een door art. 429a e.v. Rv geregelde procedure 'vonnis' in de zin van art. 67 Rv?, *WPNR* 99/6364 (hierna: Gras 1999), p. 535 - 541; Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht, p. 412. Gras is echter wel kritisch over het onderscheid, omdat het lastig te maken is (Gras 1999, p. 538 - 539). In het kader van de wetgevingsontwikkelingen rondom KEI lijkt dit onderscheid nog verder aan relevantie te verliezen. Het voornemen bestaat namelijk om de mogelijkheid te creëren om verzoeken en vorderingen in dezelfde procedure op te nemen (zie: het voorgestelde art. 30b en *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 17 - 19, 60 - 61).
- 9 Zie ook R Emmelink in zijn conclusie bij HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens.
- 10 HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, 1617; HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens.
- 11 Zie in dit verband ook: HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, 1617, waarin wordt overwogen: *“niet op eenige wetsbepaling, doch enkel op de bepaling eener collectieve Arbeidsovereenkomst, tusschen eenige werkgevers eenerzijds en eenige vereenigingen van werknemers anderzijds aangegaan steunde; dat het Hof terecht hieruit heeft afgeleid, dat de President, - uit welwillendheid aan meergemeld verzoek voldoende, - geen daad van rechtspraak verrichtte en de door hem gegeven beschikking, ook al werd zij in den vorm eener rechtelijke beslissing gegeven, dit karakter in werkelijkheid niet had (...)”*.
- 12 HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens. Zie in dit verband eveneens: Knigge 2012, p. 155 - 156; Kortmann in zijn annotatie onder Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74 (hierna: Kortmann 2003).
- 13 Evenzo: Knigge 2012, p. 155.
- 14 Zie bijvoorbeeld: HR 28 november 1918, *NJ* 1919, 104; HR 6 februari 1941, *NJ* 1941, 199; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396.

- [15](#) HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens. Zie over de toelaatbaarheid van welwillendheidsbeslissingen in Duitsland: Knigge 2012, p. 154 - 155.
- [16](#) Zie kritisch hierover Veegens in zijn noot onder het arrest.
- [17](#) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/343.
- [18](#) Daarbij kan bovendien gebruik worden gemaakt van het instrument van reële executie (art. 3:300 BW e.v.). Daarmee kan worden bewerkstelligd dat de gedaagde partij ook daadwerkelijk nakomt. Zo kan het vonnis bijvoorbeeld de wilsverklaring vervangen of kan de rechter een vertegenwoordiger aanwijzen. Zie hierover onder meer: J.L.R.A. Huydecoper, *Reële executie*, Deventer: Kluwer 2011; Jongbloed 2013 (Groene Serie Vermogensrecht), Art. 300.
- [19](#) Rb. Overijssel 1 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1940, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen.
- [20](#) Het gaat hier om de benoeming van een deskundige zonder dat hiervoor een wettelijke grondslag bestaat. De benoeming op grond van bijvoorbeeld art. 2:101a BW, 2:320 BW, 194 Rv of 1027 lid 3 Rv ziet dus niet op welwillendheidsbeslissingen.
- [21](#) Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 2014, *JOR* 2015, 5 m.nt. Josephus Jitta onder *JOR* 2015, 6. Volledigheidshalve merken de auteurs op dat zij samen namens een aantal belanghebbenden hebben opgetreden in deze procedure.
- [22](#) Uiteindelijk is het niet zo ver gekomen, omdat de verzochte onmiddellijke voorziening door de Ondernemingskamer werd afgewezen.
- [23](#) Zie ook: Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, *JOR* 2016, 60 m.nt. Van Thiel, waarbij wordt vermeld dat de auteurs eveneens als advocaten optraden voor belanghebbenden. Hierin stelt de Ondernemingskamer partijen in staat om een biedingsproces te voeren, terwijl dit uiteindelijk een vergaande verwatering van één van de twee aandeelhouders tot gevolg zou hebben. Er zou in theorie beredeneerd kunnen worden dat hier sprake was van een welwillendheidsbeslissing. De auteurs zijn van mening dat daar in dit geval geen sprake van is, ook omdat hier geen sprake was van een beding dat partijen reeds bond en er aansluiting kon worden gezocht bij noodzaakfinanciering, maar het biedt voer voor discussie.
- [24](#) Dit is een declaratoire uitspraak. Zie in meer algemene zin: HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497.
- [25](#) In de huidige praktijk is niet zozeer sprake van een benoeming, zoals bij een deskundige, maar een aanwijzing, omdat de rechtbank kenbaar maakt wie zij als curator zal gaan aanwijzen. De brieven van de rechtbanken vermelden dan ook vaak dat de rechtbank voornemens is deze persoon aan te wijzen als curator. Ook het wetsvoorstel spreekt van een ‘aanwijzing’, niet van een benoeming (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 2 en 3) en van een “beoogd curator” en niet een “stille bewindvoerder”.
- [26](#) Wet continuïteit ondernemingen I, hetgeen onderdeel is van het Wetgevingsprogramma ‘Herijking Faillissementsrecht’ (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 218).
- [27](#) Getracht wordt aansluiting te zoeken bij de benoeming van deskundigen op grond van art. 194 Rv of de huidige bewindregeling in Boek 1 BW, maar dit sluit ons inziens niet altijd aan bij de meer omvattende rol van de “beoogd curator”. Zie in

verband met art. 194 Rv bijvoorbeeld: Rb. Oost-Brabant 4 april 2014, *JOR* 2014, 115 m.nt. JJvH; Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011, 375 m.nt. JJvH; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *JOR* 2013, 26, m.nt. Van Anandel; Rb. Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013, 63 m.nt. JJvH.

- [28](#) In het wetsvoorstel is expliciet opgenomen dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen de beslissing van de rechtbank (art. 363 lid 8 Fw van het ontwerp).
- [29](#) J.C.A.T. Frima, WCOI - de positie van de R-C en de rechtbank, *Tvl* 2015/36.
- [30](#) Het Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I is op 21 juni 2016 aangenomen door de Tweede Kamer.
- [31](#) HR 6 december 1918, *NJ* 1919, 137; HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens.
- [32](#) Aldus ook de kantonrechter te Utrecht in zijn beslissing van 16 april 1999. Deze kantonrechter verklaarde zichzelf onbevoegd op grond van art. 43a RO juncto art. 429e Rv (zie hierover: C.S. Goedel, welwillendheidsbeslissingen: geen daad van rechtspraak, *WPNR* 1999/6379, p. 860).
- [33](#) Zie bijvoorbeeld vrij recent: Rb. Overijssel 1 april 2015, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen; Rb. Amsterdam 12 juli 2013, *JOR* 2013, 269 m.nt. Groffen; Rb. Noord-Nederland 26 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6625.
- [34](#) Rb. Overijssel 1 april 2015, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen.
- [35](#) Hoewel het er niet staat, kan hieruit worden afgeleid dat een beroep op art. 2:337 BW verzoekster niet had kunnen baten.
- [36](#) Rb. Overijssel 30 maart 2015, *JOR* 2015, 199.
- [37](#) Zie voetnoot 32 en 33.
- [38](#) Er werd tot een veelal kostbare waardebeoordeling overgegaan terwijl partijen nog discussiëren over de vraag of het voorkeursrecht überhaupt op geldige wijze is uitgeoefend.
- [39](#) In de zin van art. 3:303 BW. Dit artikel ziet evenwel op rechtsvorderingen en daarvan is (juist) geen sprake bij welwillendheidsbeslissingen. Een rechter zal de aanwezigheid van dit belang in onze ogen in het concrete geval waarschijnlijk desalniettemin wel toetsen, al heeft dit de kantonrechter in de bovengenoemde zaak niet tot een andere beslissing doen komen.
- [40](#) Zie in dit verband bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 12 juli 2013, *JOR* 2013, 269 m.nt. Groffen; Rb. Overijssel 1 april 2015, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen.
- [41](#) Rb. Overijssel 1 april 2015, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen (r.o. 5.1).
- [42](#) HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, 1617; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396; Hof Arnhem 4 april 1939, *NJ* 1940, 195. Zie meer recent ook: Rb. Alkmaar 31 oktober 2008, *LJN* BG5090; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74 m.nt. Kortmann; Rb. Zutphen 21 december 2001 *NJ* 2002, 250; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775.
- [43](#) Zie ook Kortmann 2003; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396. Weigert een partij dit te erkennen, dan zou – bijvoorbeeld - in kort geding een gebod of verbod kunnen worden gevorderd op grond van nakoming (art. 3:296 BW).
- [44](#)

Zie art. 156 lid 2 Rv: akte moet in de vereiste vorm en bevoegdelijk zijn opgemaakt door ambtenaren of anderen aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen.

[45](#) Denk bijvoorbeeld aan art. 87 lid 3 Rv, art. 237 lid 4 Rv, art 250 lid 4 Rv, art. 485 Rv., art. 1062 Rv, art. 12 IW, art. 575 Sv en art 8:76 Awb.

[46](#) Kortmann 2003. Zie afwijzend: Knigge 2012, p. 156.

[47](#) Asser/van Schaick 7-VIII\* 2012/170.

[48](#) HR 15 juni 2012, *JOR* 2012, 314 m.nt. Ernste.

[49](#) Zie evenzo: Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/170.

[50](#) Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III 2014/431.

[51](#) Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/173; Ernste 2012, p. 90.

[52](#) Dit is een belangrijk verschil met arbitrage, welke uitspraken wel ten uitvoer gelegd kunnen worden (art. 1062 en 1063 Rv). Zie hierover: P.E. Ernste, Bindend advies, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Ernste 2012), p. 89. Zie over de wijzigingen bij deze artikelen in het (sinds 1 januari 2015) nieuwe arbitragerecht: G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo e.a., Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet, Deventer: Kluwer 2015, p. LV - LVII, 141 - 146.

[53](#) Niet elke onjuistheid in het bindend advies zal leiden tot vernietiging. Zie in dit verband ook: HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 615; HR 25 maart 1994, *NJ* 1995, 23; HR 27 september 2002, *LJN* AE4360.

[54](#) Op grond van art. 7:904 BW. Knigge betoogt dat dit het geval zou zijn (Knigge 2012, p. 156).

[55](#) HR 12 september 1997, *NJ* 1998, 382 m.nt. Mendel. Zie hierover ook: Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/163.

[56](#) Zie: HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 284.

[57](#) Art. 7:401 BW. Zie hierover: Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/172; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

[58](#) HR 15 juni 2012, *JOR* 2012, 314 m.nt. Ernste. Van Schaick neemt hierover een ander standpunt in. Hij schrijft dat een bindend adviseur enkel aansprakelijk is wanneer hij opzettelijk, bewust roekeloos of met kennelijk grove miskennis van het hetgeen een behoorlijke taakvulling vergt om de juiste beslissing te nemen (Asser/van Schaick 7-VIII\* 2012/172). Daarvoor sluit hij aan bij de aansprakelijkheidsnorm die geldt voor arbiters (zie: HR 4 december 2009, *NJ* 2001, 131). Vergelijkbaar ook: Ernste 2012, p. 274 - 279.

[59](#) Zie evenzo: Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/172. Anders: Ernste 2012, p. 275 - 276.

[60](#) Zie hierover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/385; Ernste 2012, p. 271.

[61](#) Evenzo: Kortmann 2003; Knigge 2012, p. 156. Zie ook Veegens in zijn annotatie onder HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218, waar hij overweegt dat de aangewezen rechter hierin niet krachtens de wet of in zijn ambt optreedt, maar krachtens de wil van partijen en ter uitvoering van het arbitrale beding.

[62](#)

Indien er een geschil over het wijzen van een welwillendheidsbeslissing bestaat wordt deze immers vaak niet gewezen. De rechter beslist ook niet in een geschil over bijvoorbeeld de benoeming van een deskundige, maar benoemt deze deskundige zelf.

- [63](#) Passender - in ieder geval waar het betreft de rechter die een welwillendheidsbeslissing geeft - zou in dit verband wellicht zijn om de opvatting van Van Schaick te volgen, die een meer terughoudende aansprakelijkheidsnorm voorstaat die bovendien aansluit bij de aansprakelijkheidsnorm voor arbiters (Asser/van Schaick 7-VIII\* 2012/172).
- [64](#) Rb. Overijssel 1 april 2015, *JOR* 2015, 200 m.nt. Groffen.
- [65](#) Knigge 2012, p. 158.
- [66](#) Evenzo: Knigge 2012, p. 154.
- [67](#) Zie de artikelen die eerder zijn aangehaald uit de grondwet. Uit jurisprudentie volgt ook dat de taak van de rechter in het burgerlijk geding is het beoordelen of het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van het gevorderde rechtvaardigt (zie bijvoorbeeld: HR 16 mrt. 1939, *NJ* 1939, 1048; HR 14 juni 1946, *NJ* 1946, 525; HR 13 mei 1949, *NJ* 1949, 371; HR 9 mrt. 1956, *NJ* 1956, 260; HR 1 feb. 1991, *NJ* 1991, 598). Dit houdt in dat de rechter recht dient te spreken.
- [68](#) Zie evenzo: Knigge 2012, p. 156; Kortmann 2003.
- [69](#) Zie hierover: S. Nijhuis & P.P. de Vries, De benoeming van de onafhankelijke deskundige bij prijsbepaling van aandelen, *WPNR* 2014/7031.
- [70](#) HR 28 november 1918, *NJ* 1919, 104; HR 6 februari 1941, *NJ* 1941, 199; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396; HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 m.nt. Veegens.
- [71](#) Evenzo: Knigge 2012, p. 157.
- [72](#) Een ander onderscheid wordt gemaakt door Knigge (Knigge 2012, p. 157). Knigge vindt een welwillendheidsbeslissing eerder gelegitimeerd wanneer kan worden aangesloten bij een bevoegdheid die de rechter reeds op grond van de wet heeft.
- [73](#) Zie ook: Rb. Overijssel 30 maart 2015, *JOR* 2015, 199.
-