

ONDERNEMING EN BEDRIJF

Mr. A.H.B (Aaron) Bouman¹

De goedkeuringsbevoegdheid van de aandeelhouders voor bestuursbesluiten bij een BV

2021-0094

Op 7 april 2021 heeft het gerechtshof Amsterdam een uitspraak gedaan² over de toepassing van artikel 2:107a van het Burgerlijk Wetboek (BW) op besluiten van het bestuur van een besloten vennootschap (BV). Dit artikel bepaalt dat het bestuur van een naamloze vennootschap (NV) voor bepaalde besluiten goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). De wet kent geen vergelijkbare bepaling voor de besloten vennootschap, maar in de procedure bij het hof werd een analoge toepassing verdedigd. Wat was het oordeel van het hof?

Art. 2:107a BW: goedkeuringsbevoegdheid van de AvA

Sinds 1 oktober 2004 moet het bestuur van een NV op grond van art. 2:107a BW voor bepaalde besluiten voorafgaande goedkeuring hebben van de AvA. Dat zijn besluiten over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap.³ Het gaat daarbij om besluiten die zo ingrijpend zijn dat de aandeelhouder door uitvoering van dat besluit aandeelhouder wordt van een andere vennootschap.⁴ Denk aan het besluit tot overdracht van de onderneming of het afstoten van een deelneming met een bepaalde waarde.⁵ Overigens tast het ontbreken van goedkeuring de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aan; de vennootschap is gebonden aan de rechtshandeling.⁶ Schending van art. 2:107a BW kan wel leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap.⁷

Procedure bij de voorzieningenrechter en het hof

Dan de feiten. A was gehuwd met B, de enig aandeelhouder en bestuurder van Holding (met de rechtsvorm van een BV). Holding is meerderheidsaandeelhouder van een BV. Door de echtscheiding is een bijzondere gemeenschap ontstaan, waarvan A en B ieder een aandeel van 50% hebben.

De huisbankier van de BV heeft het krediet opgezegd. Ten behoeve van een herfinanciering van het opgezegde krediet wil B 51% van de aandelen in de BV vervreemden aan een financier. A is het niet eens met die voorgenomen verkoop en is een procedure

gestart bij de voorzieningenrechter. A heeft onder meer gevorderd een verbod aan Holding om de aandelen te vervreemden. Volgens A dient voor de verkoop namelijk zijn voorafgaande toestemming te worden gegeven. B verwijst naar art. 2:107a BW en voert aan dat dit artikel niet analoog van toepassing is. Volgens B kan de verkoop daarom zonder toestemming van A plaatsvinden. Er geldt ook geen statutair goedkeuringsvereiste.

De voorzieningenrechter overweegt dat volgens de literatuur en de uitspraken van de Ondernemingskamer art. 2:107a BW analoog van toepassing is op de BV en dat dit reeds kan worden aangenomen op grond van art. 2:217 BW.⁸ Ook verwijst de voorzieningenrechter naar een opmerking van de Minister van Justitie dat de regeling van het goedkeuringsrecht bij de BV aansluit bij hetgeen volgens literatuur en jurisprudentie al geldend recht is. De voorzieningenrechter heeft Holding verboden tot vervreemding over te gaan zonder voorafgaande toestemming van A en B.⁹ Holding is het daarmee niet eens en gaat in hoger beroep.

Het hof beoordeelt of art. 2:107a BW analoog kan worden toegepast. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:107a BW maakt het hof op dat de wetgever aanvankelijk het voornemen had voor de BV een regeling te maken voor de goedkeuring van bestuursbesluiten door de AvA (art. 2:217a BW). Ondernemersvereniging VNO-NCW heeft daarop destijds kritiek geuit, inhoudende dat er in BV's geen reden is "om een goedkeuringsrecht wettelijk voor te schrijven omdat de

aandeelhouders doorgaans dicht bij het management van de onderneming betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden. De toenmalige Minister van Justitie heeft die redenering gevolgd en heeft aangegeven dat *“toevoeging van een goedkeuringsrecht voor besloten vennootschappen zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets toevoegen. Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Daarvoor is een wettelijk goedkeuringsrecht niet nodig. Van een behoefte op dit punt aan een wettelijke regeling is in de praktijk ook niet gebleken. Artikel 2:217a BW is daarom geschrapt.”*

Het hof overweegt dat de voor het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid zich ertegen verzet dat besluiten, ondanks het ontbreken van een wettelijke of statutaire goedkeuringsregeling, aan de goedkeuring van de AvA zijn onderworpen, welk goedkeuringsrecht afhankelijk van de omstandigheden van het geval toepassing zou moeten vinden. Het hof verwijst naar de ABN AMRO-beschikking van de Hoge Raad.¹⁰ Het hof ziet geen ruimte voor analoge toepassing van art. 2:107a BW en vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Rechtspraak omtrent een goedkeuringsbevoegdheid- of vereiste bij de BV

De Ondernemingskamer heeft zich in verschillende enquêteprocedures uitgelaten over een goedkeuringsvereiste bij de BV.¹¹ In een beschikking uit 2006 overweegt de Ondernemingskamer dat naar de ook reeds op 10 juli 2003 (de datum waarop in die zaak de gewraakte activaoverdracht plaatsvond) geldende regels van ‘corporate governance’ het bestuur niet bevoegdheid is om de gehele onderneming of alle (substantiële) activa van de vennootschap te vervreemden, waardoor aan de onderneming van de vennootschap in feite een einde komt, zonder de voorafgaande goedkeuring van de AvA.¹² In 2007 overweegt de Ondernemingskamer dat de redelijkheid en billijkheid alsmede hedendaagse opvattingen omtrent ‘corporate governance’ met zich brengen dat een (voorgenomen) besluit van het bestuur dat leidt tot een wezenlijke wijziging van de aard van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming niet kan worden genomen of uitgevoerd zonder de instemming van de AvA.¹³ Voorts wordt gewezen op een beschikking uit 2009, waarin wordt overwogen dat het uitgangspunt in het vennootschapsrecht is dat het bestuur van de vennootschap bevoegd is om te besluiten tot verkoop en levering van de activa van de vennootschap en om – na goedkeuring door de

AvA – dit besluit vervolgens uit te voeren.¹⁴ In 2014 overweegt de Ondernemingskamer dat volgens zijn vaste rechtspraak niet kan worden volgehouden dat het in die enquêteprocedure gewraakte bestuursbesluit als een belangrijke verandering van de identiteit dan wel van het karakter van de vennootschap moet worden aangemerkt en uit dien hoofde – al dan niet met analoge toepassing van art. 2:107a BW – aan de algemene vergadering van aandeelhouders had moeten worden voorgelegd.¹⁵

Ook andere instanties hebben zich uitgelaten over analoge toepassing van art. 2:107a BW. Rechtbank Zutphen paste in 2008¹⁶, overigens zonder motivering, art. 2:107a BW toe op het besluit van het bestuur van een BV tot vervreemding van haar deelnemingen. Rechtbank Leeuwarden overwoog in datzelfde jaar echter dat er geen ruimte bestaat voor analoge toepassing. Daartoe werd overwogen dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat er bewust voor gekozen wordt om voor de BV geen vergelijkbare bepaling of schakelbepaling op te nemen, zodat artikel 2:107a BW niet overeenkomstig van toepassing kan worden verklaard op een BV.¹⁷ In een recente uitspraak van rechtbank Noord-Holland¹⁸ werd analoge toepassing op een vereniging evenmin aangenomen. De rechtbank overwoog dat er in die casus geen sprake was van een NV, maar van een sportvereniging, zodat reeds om die reden niet dezelfde eisen kunnen worden gesteld (als het goedkeuringsvereiste van art. 2:107a BW). Zoals hiervoor aangegeven, paste de voorzieningenrechter te Amsterdam¹⁹ art. 2:107a BW wel naar analogie toe.

Geen eenduidig beeld

Volgens de Ondernemingskamer heeft het bestuur van een BV bij bepaalde bestuursbesluiten voorafgaande goedkeuring nodig van de AvA. Andere instanties zien echter geen grond voor een goedkeuringsbevoegdheid en een analoge toepassing van art. 2:107a BW. Het beeld uit de rechtspraak is derhalve niet eenduidig.²⁰ Overigens is de vraag of er ruimte is voor analoge toepassing van art. 2:107a BW, voor zover bekend, nog niet aan de Hoge Raad voorgelegd.

Het ondernemingsrecht is gediend met een heldere afbakening van de wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de AVA en het bestuur in een BV. Die afbakening vervaagt wanneer in de rechtspraak (van de Ondernemingskamer) zonder (duidelijke) wettelijke basis een goedkeuringsbevoegdheid wordt aangenomen. Omwille van de rechtszekerheid zou – overeenkomstig het arrest van het hof – geen analoge toepassing c.q. reflexwerking van art. 2:107a BW dienen te worden aangenomen voor de BV. Een duidelijke wettelijke grondslag voor die analoge toepassing ontbreekt. De wetgever heeft

er uitdrukkelijk voor gekozen om een met art. 2:107a BW vergelijkbare bepaling niet op te nemen voor de BV. Indien de wetgever alsnog de wens heeft om een goedkeuringsrecht voor de AvA van een BV op te nemen, dan is het aan de wetgever om een goedkeuringsrecht (en de kaders daarvan) vast te stellen.

Alsnog goedkeuringsbevoegdheid voor de AvA

Indien geen analoge toepassing van art. 2:107a BW mogelijk is, kan worden afgevraagd of via andere wegen een goedkeuringsbevoegdheid voor de AvA van een BV kan worden gecreëerd. Hierna worden enkele mogelijkheden op hoofdlijnen verkend.

Statutaire of contractuele goedkeuringsbevoegdheid

Bij de oprichting of via een statutenwijziging kan een goedkeuringsbevoegdheid worden opgenomen in de statuten.²¹ Een dergelijke bepaling geeft in zoverre een waarborg dat, wanneer een bestuurder in strijd met die statutaire bepalingen handelt, dit in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.²² Bij een voorstel tot het opnemen van een goedkeuringsbevoegdheid dient rekening te worden gehouden met de stemverdeling binnen de AvA. Een niet-welwillende meerderheidsaandeelhouder kan een aanvulling op de statuten beletten. Een contractuele goedkeuringsregeling is ook mogelijk. Dat geeft de AvA in zoverre een waarborg dat een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld, indien deze de goedkeuringsbepaling niet in acht neemt.

Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

Daarnaast kan met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een (on)bewuste leemte in de statuten worden aangevuld.²³ Van een onbewust in de statuten gelaten leemte kan worden gesproken wanneer bij het opstellen van de statuten bepaalde onvoorziene omstandigheden niet werden verdisconteerd.

De aanvullende werking leent zich voor gevallen waarin de statuten een duidelijke leemte bevatten. Een mogelijk voorbeeld is het geval waarin leden van een niet wettelijk verplicht orgaan via coöptatie worden benoemd en de statuten niets regelen over benoeming bij gebreke van leden. Indien alle leden opstappen zonder eerst vervangende leden te hebben benoemd, zou kunnen worden gesproken van een leemte in de statuten.²⁴ Er zal dan een aanvullende regel over benoeming moeten worden geformuleerd. Het zal moeilijk(er) zijn om een rechter te overtuigen dat een leemte in de statuten moet worden aangevuld met een goedkeuringsbevoegdheid. Zo is het niet goed denkbaar dat de omstandigheid dat de statuten bepalen dat het bestuur de AvA voorafgaand aan de besluitvorming moet consulteren, zou betekenen dat de statuten een

leemte bevatten die moet worden opgevuld met een goedkeuringsbevoegdheid.

Tijdelijke goedkeuringsbevoegdheid in een enquêteprocedure

Een andere mogelijkheid is om de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure te verzoeken om een goedkeuringsbevoegdheid op te nemen in de statuten.²⁵ Daarvoor is vereist een enquêteverzoek door een daartoe bevoegde verzoeker en een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen (de aanpassing van de statuten). De Ondernemingskamer kan de statuten slechts aanpassen indien de toestand van de BV die aanpassing vereist, derhalve wanneer er sprake is van noodzakelijkheid en spoedeisendheid. De Ondernemingskamer kan statuten echter niet definitief aanpassen. Het kan alleen een tijdelijke aanpassing betreffen, namelijk slechts voor de duur van de procedure.²⁶

Conclusie

Hof Amsterdam ziet geen ruimte voor analoge toepassing van artikel 2:107a BW. Volgens de Ondernemingskamer heeft de AvA bij bepaalde bestuursbesluiten wel een goedkeuringsrecht. De in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich ertegen dat besluiten, ondanks het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling, aan de goedkeuring van de AvA zijn onderworpen, welk goedkeuringsrecht afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval toepassing zou moeten vinden.

Voor de praktijk is dan van belang om in beginsel niet uit te gaan van een analoge toepassing, maar om op een andere wijze een goedkeuringsrecht in het leven te roepen. Of om het gewraakte bestuursbesluit op andere gronden aan te tasten. Toch kan iemand die belang heeft bij het bestaan van een goedkeuringsbevoegdheid bij de Ondernemingskamer verwachten dat de Ondernemingskamer een goedkeuringsrecht aanneemt. Bij andere instanties lijkt die verwachting minder hoog te zijn. Het mag duidelijk zijn dat dit diffuus beeld de rechtspraktijk niet ten goede komt. De Hoge Raad en/of de wetgever kunnen de nodige duidelijkheid verschaffen.

Noten:

1. Mr. A.H.B. Bouman is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te 's-Hertogenbosch.
2. Hof Amsterdam (OK) 7 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1018.
3. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/18.
4. Vergelijk HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972.
5. Artikel 2:107a lid 1 sub a tot en met c BW.
6. Art. 2:107a lid 2 BW. Het is niet uitgesloten dat er toch een externe werking bestaat, indien de derde, met wie een transactie is aangegaan, weet dat het bestuur goedkeuring had moeten vragen en deze niet heeft verkregen (Kamerstukken I 2003/04, 28 179, B, p. 10). Vgl. HR 17 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4503.
7. Op grond van art. 2:9 BW. Zie ook: HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011.

8. Art. 2:217 BW bepaalt dat aan de AvA alle bevoegdheden behoren die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.
9. Rb. Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618.
10. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, rechtsoverweging 4.4. Overigens ging het in die procedure niet om analoge toepassing van art. 2:107a BW op een BV. Het ging daarin om toepassing van art. 2:107a BW op een NV ten aanzien van een besluit dat niet valt onder de reikwijdte van art. 2:107a BW. De Hoge Raad heeft die toepassing afgewezen.
11. In enquêteprocedures beoordeelt de Ondernemingskamer of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. Bij die beoordeling kan de Ondernemingskamer de wijze van besluitvorming van het bestuur ter zake een overdracht van (substantiële activa) van de onderneming betrekken. Indien er 'gegronde redenen' zijn, dan is de Ondernemingskamer bevoegd een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap.
12. Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, JOR 2006/5, r.o. 3.4. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, JOR 2007/9, r.o. 3.3.
13. Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BI4473, r.o. 3.2.
14. Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2009, JOR 2009/69, r.o. 3.3.
15. Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3136. Zie ook: Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4042, r.o. 3.8. Daarin werd overwogen dat de beslissing van het bestuur van de moedervennootschap tot verkoop van (het aandelenbelang in) de dochtermaatschappij niet een besluit van een Nederlandse vennootschap betreft, maar een besluit van een Italiaanse vennootschap, nog daargelaten de vraag of dit besluit leidt tot een verandering van de identiteit of het karakter van de Nederlandse vennootschap. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2006, JOR 2006/122, Hof Amsterdam (OK) 16 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:B08044, r.o. 3.3 en Hof Amsterdam 5 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1444, r.o. 3.7.
16. Rb. Zutphen 21 mei 2008, nr. HA ZA 06-1497, JOR 2008/193, r.o. 10.24.
17. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BF1056, r.o. 4.8.
18. Rb. Noord-Holland 20 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:630, r.o. 4.12.
19. Rb. Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2618.
20. Dezelfde geldt voor de meningen in de literatuur. Voor een overzicht wordt verwezen naar Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/23.
21. Zie ook: art. 2:239 lid 3 BW.
22. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011.
23. Art. 2:8 lid 1 BW. Voor voorbeelden van deze aanvullende werking wordt verwezen naar Huizink, in: GS Rechtspersonen 2019, art. 2:8 BW, aant. 9.2. Zie ook: Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/183, 226 en 227, Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV, Deventer: Kluwer 2013/7.3 en Waaijer, Statuten en statutenwijziging, Deventer: Kluwer 1993, p. 18. Vergelijk Overes, in: GS Rechtspersonen 2013, art. 2:26 BW, aant. 10.
24. Vgl. Rb. Amsterdam 9 september 2004, JOR 2004/321.
25. Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4419.
26. Art. 2:349a lid 2 BW.