

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteurs(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

ONDERNEMING EN BEDRIJF

Aaron Bouman¹

Discussies over benoeming en ontslag van bestuurders en stemafspraken aandeelhouders

2023-0207

In een bestuurders- en aandeelhoudersruzie die ten grondslag ligt aan een kortgedingvonnis van de rechtbank Gelderland van 26 oktober 2023, gaat het om de rechtsgeldigheid van een besluit tot ontslag van een bestuurder en een besluit tot benoeming van een andere bestuurder.² De betrokkenen staan lijnrecht tegenover elkaar. Als gevolg daarvan bestaat tussen hen geen overeenstemming over wie de bestuurders van de vennootschap zijn. De reden voor die onenigheid is dat één van de betrokkenen stelt dat er mondelinge stemafspraken zijn gemaakt, de besluiten in strijd met die stemafspraken zijn en daarom nietig zijn. De uitspraak geeft aanleiding stil te staan bij de mogelijke problematiek rondom de rechtsgeldigheid van ontslagbesluiten en benoemingsbesluiten in het geval van stemafspraken tussen aandeelhouders. In de uitspraak wordt ook aangegeven dat een bestuurder zich met terugwerkende kracht heeft teruggetrokken. Dat geeft aanleiding ook stil te staan bij een dergelijke terugtrekking met terugwerkende kracht.

Casus

Agrilla B.V. houdt 60% van de aandelen in Technowand, een besloten vennootschap. De overige aandelen in Technowand worden gehouden door 'Beheer' B.V. De statuten van Technowand bepalen dat in de algemene vergadering elk aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem. Bij de oprichting van Technowand is Agrilla tot enig bestuurder benoemd. Enige tijd na de oprichting van Technowand wordt 'Gedaagde 2' tot (mede)bestuurder benoemd. In verband met het faillissement van een niet nader genoemde groep van vennootschappen, waarvan Agrilla enig aandeelhouder en bestuurder was, is Agrilla met terugwerkende kracht teruggetreden als bestuurder van Technowand. Op enig moment vindt er een buitengewone algemene vergadering plaats waarin wordt gestemd over het voorstel tot (her)benoeming van Agrilla als bestuurder van Technowand. Agrilla heeft voor gestemd en Beheer heeft tegengestemd. Daarna vindt een algemene vergadering plaats waarin is gestemd over het voorstel om Gedaagde 2 te ontslaan als bestuurder van Technowand. Agrilla heeft voor gestemd en Beheer heeft tegengestemd.

Naderhand is tussen Agrilla en Gedaagde 2 onenigheid ontstaan over de vraag of de twee hiervoor genoemde besluiten rechtsgeldig zijn genomen. Agrilla stelt dat

die besluiten rechtsgeldig zijn, omdat zij de meerderheid van de aandelen houdt en er geen afwijkende stemverhouding geldt. Technowand en Gedaagde 2 voeren aan dat de besluiten nietig zijn, omdat mondeling afgesproken zou zijn dat Agrilla en Beheer gelijkwaardig stemrecht hebben. Die afspraak zou inhouden dat Agrilla 1 stem per aandeel heeft en Beheer 1,5 stem per aandeel. Dat zou meebrengen dat Beheer, net als Agrilla, 60 stemmen kon uitbrengen (40 aandelen maal 1,5). Uitgaande van die afspraak, zou er sprake van een staking van stemmen (60 voor en 60 tegen) bij de voorstellen tot benoeming van Agrilla en ontslag van Gedaagde 2. Omdat Gedaagde 2 hierdoor Agrilla niet 'erkent' als bestuurder, is Agrilla een kort geding gestart tegen Technowand en Gedaagde 2 als gedaagden. De inzet van dat kort geding voor Agrilla is dat gedaagden – kort gezegd – het bestuurderschap van Agrilla erkennen en haar in de gelegenheid stellen de bestuurstaken te kunnen uitoefenen. In het kort geding hebben gedaagden een tegeneis ingesteld. Die tegeneis komt neer op een vordering tot opschorting van de rechtsgevolgen van de bestreden aandeelhoudersbesluiten totdat in een bodemprocedure is geoordeeld dat de besluitvorming rechtsgeldig is en aan die besluiten uitvoering dient te worden gegeven. Ook vordert Technowand een verbod jegens Agrilla om zichzelf toegang te verschaffen tot informatie die – kort gezegd – aan

een bestuurder toekomt, totdat in een bodemprocedure is geoordeeld dat Agrilla rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd.

De beoordeling van de rechtbank

Bij de beoordeling van de vorderingen stelt de voorzieningenrechter voorop dat stemmen in strijd met een stemafpraak die niet in de statuten is opgenomen, niet meebrengt dat de besluiten nietig zijn. Daarbij verwijst de voorzieningenrechter naar het Wennex-arrest van 30 juni 1994 van de Hoge Raad.³ De voorzieningenrechter vervolgt met de constatering dat in de statuten van Technowand niet is afgeweken van de op grond van art. 2:118 lid 2 BW geldende hoofdregel dat iedere aandeelhouder zoveel stemmen uitbrengt als hij aandelen heeft. Gedaagden verwijzen voor hun stelling dat de besluiten nietig zijn naar een arrest van de Hoge Raad van 10 juni 2020.⁴ Uit dat arrest volgt echter (enkel) dat het ontbreken van een op grond van de wet of de statuten vereiste meerderheid van stemmen leidt tot een nietig besluit, terwijl de door gedaagden betoogde stemafpraak in een overeenkomst zou zijn vervat. Vervolgens gaat de voorzieningenrechter na of het bestaan van de gestelde stemafpraak voldoende aannemelijk is, omdat stemmen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst (zoals ene stemafpraak) kan meebrengen dat sprake is van wanprestatie dan wel dat de besluiten vernietigbaar zijn, omdat Agrilla zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid jegens Beheer heeft gedragen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het echter niet aannemelijk geworden dat de gestelde mondelinge stemafpraak inderdaad is gemaakt. De uitkomst is dat vooralsnog ervan moet worden uitgegaan dat Agrilla en niet Gedaagde 2 bestuurder van Technowand is.

Stemafspraken

Een juridisch interessant onderdeel van de procedure is dat gedaagden aanvoeren dat de aandeelhoudersbesluiten nietig zijn, vanwege strijdigheid met de stemafspraken. Uitgaande van een 60-40 stemverhouding (zoals die op basis van de wet en statuten van Technowand geldt), zou er in beginsel sprake zijn van twee rechtsgeldige besluiten. Het standpunt van gedaagden komt erop neer dat de stemuitslag voor beide voorstellen 60 stemmen voor en 60 stemmen tegen is en de stemmen staken, zodat de voorstellen zijn verworpen en er sprake is van nietige besluiten. Hoewel dit niet een discussiepunt in de onderhavige zaak is, wordt voor de volledigheid opgemerkt dat de wet bepaalt dat wanneer stemmen bij verkiezing van personen staken, het 'lot' beslist en wanneer stemmen staken bij andere stemming, het voorstel is verworpen. Daarbij geeft de wet aan dat dit geldt, voor zover in de statuten niet een andere oplossing is aangegeven.⁵ Omdat het staken

van stemmen (veelal bij 50-50 stemverhoudingen) in de praktijk niet zelden kan voorkomen, bevatten de statuten voor die een situatie vaak een oplossing. Die oplossing kan zijn het opdragen van de beslissing aan een derde.⁶ Van belang is dat ingeval de stemmen staken in de algemene vergadering van een besloten vennootschap, er niet steeds sprake is van een verworpen voorstel en dus geen besluit. Alleen bij andere stemmingen dan stemmingen bij verkiezing van personen geldt dat het voorstel verworpen is. Uitsluitend bij een stemming over verkiezing van personen beslist het lot, tenzij in de statuten anders is bepaald.

Geen nietigheid van besluiten vanwege strijdigheid met stemafspraken

De opvatting van gedaagden dat de besluiten nietig zijn, omdat Beheer tegen de besluiten heeft gestemd en er vanwege de mondelinge stemafpraak geen meerderheid is bereikt, vindt geen steun in het recht. Het is terecht dat de voorzieningenrechter, onder verwijzing naar het Wennex-arrest van de Hoge Raad, vooropstelt dat stemmen in strijd met stemafspraken die niet in de statuten zijn opgenomen, niet meebrengt dat de besluiten nietig zijn. Uit het vonnis kan niet worden afgeleid of gedaagden zich wel bewust waren van die vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Uit het vonnis kan evenmin worden afgeleid of gedaagden argumenten hebben aangevoerd voor de stelling dat de stemafspraken in dit specifieke geval niet slechts tot vernietigbaarheid, maar tot nietigheid zouden moeten leiden. Naar het lijkt, hebben gedaagden geen oog gehad voor de (mogelijkheid van) vernietigbaarheid van de besluiten. Met de rechtsoverweging over de mogelijke vernietigbaarheid van de besluiten wegens strijdigheid met een aandeelhoudersovereenkomst (het was zuiverder om te spreken over een stemovereenkomst⁷), lijkt de voorzieningenrechter op een ander spoor te gaan zitten dan het spoor dat gedaagden zelf voor ogen hadden. Gedaagden lijken immers (slechts) uit te gaan van nietigheid van de besluiten, terwijl de voorzieningenrechter ingaat op de vernietigbaarheid van de besluiten. In het vonnis doelt de voorzieningenrechter op het leerstuk van de vennootschappelijke (door)werking van stemovereenkomsten. Dat behelst dat stemovereenkomsten onder omstandigheden 'doorwerken' op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid die de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, jegens elkaar in acht moeten nemen.⁸ De geldigheid van stemovereenkomst wordt in beginsel aangenomen, omdat er wordt uitgegaan van het uitgangspunt dat aandeelhouders onderling afspraken mogen maken over stemrechtuitoefening.⁹ Uit de HR-uitspraken met roepnamen Wennex, Melchers en Aurora volgt dat

een stemovereenkomst in beginsel geoorloofd is.¹⁰ De daaraan ten grondslag liggende gedachte is dat het aan een aandeel verbonden stemrecht een individueel recht van de aandeelhouder is, waarvan hij kan afzien met een andersluidende afspraak.

De door gedaagden betoogde stemafpraak inhoudende een afwijkende stemverhouding, wijkt af van het bepaalde in artikel 2:228 lid 2 BW. Het is enigszins ongelukkig dat de voorzieningenrechter naar art. 2:118 BW verwijst, omdat die bepaling geldt voor de naamloze vennootschap en de vennootschap in kwestie, Technowand, een besloten vennootschap is. Een juridische doodsteek voor het vonnis is dat echter niet, omdat de in dit geval relevante bepalingen van art. 2:118 BW ook zijn opgenomen in art. 2:228 BW voor de besloten vennootschap. Hoewel art. 2:228 lid 4 BW bepaalt dat bij de statuten van art. 2:228 lid 3 BW kan worden afgeweken, is het verdedigbaar dat art. 2:228 lid 4 BW zich niet verzet tegen een tussen aandeelhouders overeengekomen stemafpraak – oftewel dat art. 2:228 lid 4 BW zo moet worden uitgelegd dat louter een in de statuten neergelegde afwijking van art. 2:228 lid 2 BW rechtsgeldig zou zijn. Interessant is dat de voorzieningenrechter overweegt dat stemmen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst kan meebrengen (dus niet: tot gevolg heeft dat) besluiten op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW vernietigbaar zijn. In deze concrete situatie, zou, indien de door gedaagden gestelde stemafpraak zou bestaan, in beginsel moeten worden uitgegaan van vernietigbaarheid van de besluiten, omdat de enige twee aandeelhouders van Technowand partij zijn bij de stemovereenkomst. Voor vennootschapsrechtelijke werking van de stemafspraken (en vernietigbaarheid ingeval van strijdigheid met de stemafspraken) zou namelijk voldoende zijn dat alle aandeelhouders partij bij die afspraken zijn (zoals hier het geval is).¹¹ Overigens zou een beroep op een stemovereenkomst door een aandeelhouder – in welk geval de aandeelhouder diens medeaandeelhouder onverkort aan de stemafpraak houdt – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid juist onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 2:8 lid 2 BW/art. 6:248 lid 2 BW) of misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) kunnen opleveren.¹²

Terugtrekken met terugwerkende kracht

Een interessant punt is de omstandigheid dat Agrilla met terugwerkende kracht is teruggetreden als bestuurder van Technowand, voorafgaand aan het besluit tot (her)benoeming van Agrilla als bestuurder. Naar het lijkt, wordt hiermee bedoeld het vrijwillige eenzijdig neerleggen van de bestuursfunctie, te onderscheiden van een gedwongen ontslag door de algemene vergadering/het orgaan dat bevoegd is tot benoeming.

Boek 2 BW geeft geen specifieke regeling voor het vrijwillig neerleggen van de bestuursfunctie. Afgevraagd kan worden welke waarde kan worden gehecht aan een 'terugtrekking met terugwerkende kracht'. Dat iemand met terugwerkende kracht geen bestuurder is, is in bepaalde gevallen mogelijk. Zo geldt bij vernietiging van een benoemingsbesluit dat de benoemde persoon met terugwerkende kracht niet tot bestuurder is benoemd en dus nooit bestuurder is geweest. In een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer aan een vennootschapsrechtelijk (en niet: arbeidsrechtelijk) ontslag van een bestuurder terugwerkende kracht verbinden, nu zij bij het geven van voorzieningen niet gebonden is aan wettelijke of statutaire bepalingen ter zake van het ontslag van bestuurders.¹³ Een dergelijke terugwerkende kracht bij een vrijwillig terugtrekken lijkt mij echter niet mogelijk. Zo'n mededeling zou mijns inziens hooguit het gevolg kunnen hebben dat de bestuurder per de datum van de mededeling bestuurder af is.¹⁴ Het aanvaarden van de mogelijkheid van terugtrekking met terugwerkende kracht zou (pogingen tot) misbruik en ontduiking van bestuurdersaansprakelijkheid kunnen faciliteren. Ook kan dit verstrekkende gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van bestuursbesluiten die zijn genomen in de periode tussen de in het verleden gelegen terugtrekkingdatum en het daadwerkelijk neerleggen van de bestuurswerkzaamheden. Overigens lijkt mij dat wanneer terugtrekking met terugwerkende kracht mogelijk zou zijn, de ex-bestuurder als feitelijk bestuur zou kunnen worden aangemerkt voor wat betreft de door die ex-bestuurder verrichte (bestuurs)handelingen gedurende de periode gelegen tussen de in het verleden gelegen terugtrekkingdatum en het daadwerkelijk neerleggen van de bestuurswerkzaamheden. Ook zou onder omstandigheden sprake kunnen zijn van schijn van volmachtverlening en de vennootschap jegens derden toch gebonden zijn aan handelingen die de ex-bestuurder heeft verricht, met mogelijke gevolgen voor de ex-bestuurder ingeval van schade voor de vennootschap als gevolg van dat handelen. Tegen die achtergrond kan worden afgevraagd welk belang een bestuurder heeft bij een terugtrekking met terugwerkende kracht. Wellicht zou dit, ingeval er meerdere bestuurders zijn, als een poging tot discolpatie van het door het collectieve bestuur gevoerde beleid zijn bedoeld. Een dergelijke terugtrekking zou namelijk kunnen worden opgevat als een distantiëring van het gevoerde beleid. In het vonnis wordt enkel aangegeven dat Agrilla 'in verband met het faillissement' van enkele vennootschap waarvan zij bestuurder was, met terugwerkende kracht is teruggetreden als bestuurder van Technowand. Het was interessant geweest om een nadere omschrijving van de beweegredenen van Agrilla te kunnen bestuderen.

Conclusie

In de onderhavige zaak was de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat de besluiten niet rechtsgeldig waren vanwege stemafspraken. Zo ging het argument dat er sprake was van nietigheid van de besluiten, omdat er geen meerderheid was bereikt, terecht niet op. Ook kon de weg van de vennootschapsrechtelijke doorwerking van stemovereenkomsten niet worden bewandeld om te komen tot vernietigbaarheid van de besluiten, reeds niet omdat het onvoldoende aannemelijk was dat er stemafspraken waren gemaakt. In zoverre zijn de overwegingen van de voorzieningenrechter in lijn met vaste rechtspraak omtrent de status van stemafspraken en de gevolgen daarvan voor besluiten. Van belang is om te benadrukken dat zelfs als er sprake zou zijn van vernietigbaarheid van de besluiten, die besluiten nog steeds rechtsgeldig zijn. Die besluiten zijn rechtsgeldig, totdat deze in rechte worden vernietigd. Het was daarom zuiverder geweest indien de voorzieningenrechter had overwogen dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de besluiten niet rechtsgeldig zijn dan wel vernietigbaar zijn en in een bodemprocedure zullen worden vernietigd omdat een afwijkende stemverhouding was

afgesproken. Daarbij kan wel worden afgevraagd of gedaagden ook vernietigbaarheid van de besluiten voor ogen hadden. Tot slot kan worden aangegeven dat het voor de praktijk nuttig was geweest als de voorzieningenrechter een voorshands oordeel zou hebben gegeven over de vernietigbaarheid van de besluiten in het geval dat de gestelde stemafpraak wel zou zijn gesloten. De voorzieningenrechter heeft dat in het vonnis in het midden gelaten.

Noten:

1. Mr. A.H.B. (Aaron) Bouman, advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te 's-Hertogenbosch
2. Vزر. Rb. Gelderland, 26 oktober 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:6059.
3. HR 30 juni 1994, ECLI:NL:HR:1944:BG9449.
4. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1275.
5. Art. 2:230 lid 1 BW. Zie art. 2:120 lid 1 BW met betrekking tot de naamloze vennootschap. Zie over het 'lot' onder meer: Kemp, 'Lot als beslisser bij staken stemmen', *WPNR* 2015/6076.
6. Art. 2:230 lid 1 BW.
7. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/99.
8. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/107.
9. Schwarz, in: *GS Rechtspersonen 2020*, art. 2:118 BW, aant. 4.
10. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/101.
11. Rb. Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5922, annotatie van Blanco Fernández, *JOR* 2012/286, punt 4.
12. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/102.
13. Hoge Raad 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, r.o. 3.4.
14. Vergelijk art. 3:42 BW met betrekking tot conversie van nietige rechtshandelingen.