

## De algemene vergadering aan (statutaire) banden?

### Inleiding

Derden blijken in voorkomende gevallen de behoefte te hebben om enige verdere 'grip' op de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap te krijgen. Voorbeelden van derden die een dergelijke behoefte kunnen hebben, zijn: geldgevers (venture capitalists), economisch gerechtigden tot aandelen in de vennootschap of (leden van) niet-organen, zoals investment committees of advisory committees. Voor een deel kan aan deze behoefte worden voldaan door besluiten van de algemene vergadering in de statuten aan de goedkeuring van die derden te onderwerpen (zogenoemde vetorechten). Artikel 2:101 lid 4 BW geeft hiervoor een wettelijke basis:

'Besluiten waarbij de jaarrekening wordt vastgesteld, worden in de statuten niet onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap of van derden.'

Voorzover het andere besluiten van de algemene vergadering (dan tot vaststelling van de jaarrekening) betreft, laat zich de vraag stellen in hoeverre die wel in de statuten aan de goedkeuring van derden onderworpen kunnen worden.

In deze bijdrage zal nader worden onderzocht in hoeverre artikel 2:101 lid 4 BW daadwerkelijk in de hiervoor gesignaleerde behoefte voorziet. Wij beperken ons daarbij tot de naamloze vennootschap.

In deze bijdrage verstaan wij onder een derde eenieder (1) die niet valt onder het orgaanbegrip van artikel 2:78a BW, en (2) die niet kan worden aangemerkt als een 'orgaan' in de zin van artikel 2:15 BW. Ten slotte gaan wij ervan uit dat derden aan wie de statuten van de vennootschap een goedkeuringsrecht toekennen, evenmin als orgaan kunnen worden aangemerkt (in andere zin: zie de noot van Blanco Fernandez bij het arrest Geestelijk Leider<sup>1</sup>).

Allereerst bespreken en analyseren wij de relevante parlementaire geschiedenis en literatuur. Vervolgens gaan wij meer specifiek na – op basis van een analyse van de parlementaire geschiedenis en de literatuur ter zake van artikel 2:101 lid 4 BW – of bepaalde besluiten van de algemene vergadering in de statuten aan de goedkeuring van derden kunnen worden onderworpen. Wij sluiten af met een conclusie.

### Parlementaire geschiedenis

Bij de behandeling van het voorstel voor de Wet herziening preventief toezicht overwoog de Minister van Justitie dat de ratio van artikel 2:101 lid 4 BW is besluiten tot het vast-

1. HR 12 mei 2000, JOR 2000, 145 m.nt. J.M. Blanco Fernandez.

stellen van de jaarrekening uit te sluiten van de algemene regel dat '(...) besluiten van een vennootschapsorgaan *kunnen*<sup>2</sup> worden onderworpen aan goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan of van derden'.<sup>3</sup> De laatste drie woorden van deze overweging trokken de aandacht van de vaste commissie voor Justitie. Deze commissie vroeg de minister aan te geven of er een algemene wettelijke bepaling is waaruit zou kunnen worden afgeleid dat besluiten van organen aan de goedkeuring van een derde onderworpen kunnen worden.<sup>4</sup> Diezelfde commissie vroeg hem daarnaast of hij dan – indien de eerste vraag met neen beantwoord diende te worden – uit het voorgestelde nieuwe artikel 2:101 lid 4 BW a contrario opmaakte dat de statuten andere besluiten wél aan de goedkeuring van een derde kunnen onderwerpen. De minister antwoordde ten aanzien van de eerste vraag dat: 'Lid 4 is opgenomen omdat de wet vooralsnog geen uitdrukkelijke grondslag voor het bepalen van een goedkeuringsrecht geeft.' Ten aanzien van de tweede vraag vervolgde de minister: 'Op grond van het nieuwe lid 4 mogen de statuten bepalen, dat een besluit van de algemene vergadering onderworpen is aan de goedkeuring van een derde, met uitzondering van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening.' De minister bevestigde hiermee dat, in beginsel, in de statuten alle besluiten van de algemene vergadering met uitzondering van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening aan de goedkeuring van een derde kunnen worden onderworpen. Het is echter maar de vraag of de minister zich dit bij de beantwoording van de gestelde vragen ten volle heeft gerealiseerd. Wij denken dat dit niet helemaal het geval is geweest en dat de minister zich destijds enigszins in de hoek gedreven voelde. Hoe het ook zij, de minister heeft zijn antwoorden nadien niet meer expliciet gerelativeerd. De wijziging van artikel 2:101 lid 4 BW per 1 oktober 2004 bij de Wet tot aanpassing van de structuurregeling was daarvoor een ideale gelegenheid geweest. Van deze gelegenheid heeft de minister echter geen gebruik gemaakt.

Wel heeft hij daarbij op een andere plaats enigszins 'aan de rem getrokken'. Bij de Wet tot aanpassing van de structuurregeling is artikel 2:154 lid 4 BW ingevoerd. Dit geeft de algemene vergadering de bevoegdheid te besluiten over vrijwillige voortzetting van de volledige of verzwakte structuurregeling indien de wettelijke verplichting daartoe niet langer bestaat. In dit artikellid is uitdrukkelijk bepaald dat deze bevoegdheid van de algemene vergadering niet kan worden beperkt. De aandeelhouders moeten over dit onderwerp vrijelijk kunnen besluiten.<sup>5</sup> De minister heeft deze bepaling als volgt gemotiveerd: 'Het gaat steeds om gevallen waar de wet een bepaalde inrichting heeft opgelegd zonder een besluit waaruit de wil van de aandeelhou-

dersvergadering blijkt. Indien dat wettelijk voorschrift niet langer van toepassing is, moet de algemene vergadering eenvoudig over voortzetting dan wel afschaffing kunnen besluiten.'

Naast het besluit tot vaststelling van de jaarrekening is er vanaf 1 oktober 2004 dus nog een besluit van de algemene vergadering dat expliciet niet aan de goedkeuring van derden kan worden onderworpen.

### Literatuur

Schoonbrood<sup>6</sup> lijkt zich te kunnen vinden in de opstelling van de minister ten aanzien van artikel 2:101 lid 4 BW. Ter rechtvaardiging stelt hij dat de gedachte hierbij waarschijnlijk zal zijn geweest dat de algemene vergadering kan besluiten de statuten te wijzigen. Hij gaat niet in op de vraag of het onderwerpen van besluiten van de algemene vergadering aan goedkeuring van derden wenselijk is en hoever men daarmee in de praktijk mag gaan.

Van Solinge en Nowak<sup>7</sup> laten het bij een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en een korte verduidelijking van de overweging van de minister: 'Besluiten van de *algemene vergadering van aandeelhouders*<sup>8</sup> mogen op grond van (de a-contrario-werking van) artikel 2:101/210 lid 4 BW bij de statuten worden onderworpen aan goedkeuring van een derde (...), met uitzondering van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening.'

Volgens Van Schilfgaarde<sup>9</sup> lijkt het in strijd te zijn met het wettelijk systeem dat ook een besluit tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder aan de goedkeuring van een ander orgaan of zelfs van een derde kan worden onderworpen. Hij verwijst daarbij naar de woorden 'steeds' in de bindende voordrachtsregeling van artikel 2:133 BW en de woorden 'te allen tijde' in artikel 2:134 lid 1 BW. De hiervoor weergegeven visie van Schoonbrood dat de opvatting van de minister kan worden gerechtvaardigd doordat de algemene vergadering kan besluiten de statuten te wijzigen, wordt niet helemaal door Van Schilfgaarde gevolgd. De wet staat (zo meent Van Schilfgaarde) immers toe dat ook het besluit tot statutenwijziging aan gelijke goedkeuring wordt onderworpen. Hij betwijfelt of het wettelijk systeem toelaat dat de algemene vergadering volledig onder de curatele van een derde (of van een ander orgaan) wordt gesteld.

2. Cursief van schrijvers.

3. Kamerstukken II 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 9.

4. Kamerstukken II 1999/00, 26 277, nr. 4, p. 7.

5. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 28-31.

6. J.D.M. Schoonbrood, De in de wet opgenomen bepalingen van de Departementaire Richtlijnen 1986, in: W. Bosse, J.D.M. Schoonbrood, H.J. Breeman & J.A.M. ten Berg, Statuten zonder bezwaar, Preadvies uitgebracht voor de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, par. 2.9.2, p. 92 en 93.

7. G. van Solinge & R.G.J. Nowak, Bestuursbesluiten na afschaffing van het preventief toezicht, Ondernemingsrecht 2002, p. 437.

8. Cursief van Van Solinge en Nowak.

9. P. van Schilfgaarde, Statuten zonder Bezwaar, WPNR (2002) 6503, p. 645.

Van Olffen<sup>10</sup> noemt de met de invoering van artikel 2:101 lid 4 BW gecreëerde mogelijkheid een novum, waarvan in de toekomst dankbaar gebruik zal worden gemaakt. Wel meent hij dat naast het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening andere besluiten te bedenken zijn die niet aan goedkeuring van derden te onderwerpen zijn. Hij denkt daarbij eveneens, als voorbeeld, aan de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen.

De Kluiver en Meinema<sup>11</sup> stellen ten slotte dat het standpunt van de minister ten aanzien van artikel 2:101 lid 4 BW te algemeen is gesteld. Steeds zal mede in het oog moeten worden gehouden wat de ratio van een specifieke wetsbepaling is. Ook zij verwijzen ter illustratie naar artikel 2:133 BW en dan met name naar lid 2. Het is niet in overeenstemming met de ratio van die bepaling dat een dergelijk 'doorbrekingsbesluit' onderworpen kan worden aan de goedkeuring van een derde. Zij waarschuwen overigens ook dat de door de minister gevolgde redenering de weg opent voor verwerving van vergaande zeggenschap over besluitvorming van het bestuur door (een) derde(n). De wet staat immers toe dat besluiten van het bestuur worden onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. Als die goedkeurende besluiten van de algemene vergadering vervolgens op hun beurt worden onderworpen aan de goedkeuring van derden, hebben die derden in feite de sleutel tot de besluitvorming van het bestuur in handen.

### Analyse

In de parlementaire geschiedenis en de relevante literatuur kunnen twee benaderingen ten aanzien van artikel 2:101 lid 4 BW worden onderscheiden:

1. een 'onbeperkte a-contrario-benadering', die ervan uitgaat dat in beginsel ieder besluit van de algemene vergadering, met uitzondering van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening (en het besluit over vrijwillige voortzetting van de volledige of verzwakte structuurregeling in de zin van art. 2:154 lid 4 BW), in de statuten aan de goedkeuring van derden kan worden onderworpen. Deze benadering wordt gevolgd door de minister en (zij het minder uitgesproken) door Schoonbrood; en
2. een 'beperkte a-contrario-benadering', die ervan uitgaat dat steeds (a) de wettelijke bepaling, waarbij bepaalde bevoegdheden of rechten aan de algemene vergadering worden verleend, toegekend of opgelegd, en (b) de ratio daarvan in aanmerking moeten worden genomen voor de beoordeling of een besluit, waarbij de algemene vergadering haar bevoegdheid of recht uitoefent, in de statuten aan de goedkeuring van een derde kan worden onderworpen. Daarbij is van doorslaggevende beteke-

nis of een dergelijk(e) bevoegdheid of recht op een exclusieve basis aan de algemene vergadering is verleend, toegekend of opgelegd en of daarop een inbreuk mag worden gemaakt door deze te onderwerpen aan de goedkeuring van een derde. Deze benadering wordt gevolgd door Van Schilfgaarde, Van Olffen, De Kluiver en Meinema.

Wij zijn van mening dat niet alleen de relevante wettelijke bepaling en de ratio daarvan in aanmerking moeten worden genomen. Daarnaast moet naar onze mening ook steeds worden beoordeeld of door de toekenning van een goedkeuringsrecht aan een derde geen inbreuk wordt gemaakt op de wettelijk bepaalde of bij de statuten (binnen de grenzen van de wet) gekozen structuur van de vennootschap.<sup>12</sup> Onder structuur verstaan wij in dat kader de zeggenschapsstructuur ofwel de wettelijke en statutaire verdeling van bevoegdheden over en de verhouding tussen de diverse organen (en niet de aandeelhoudersstructuur). Deze benadering kan worden aangeduid als de 'meer beperkte a-contrario-benadering'.

### Beoordeling van een aantal besluiten van de algemene vergadering

Hierna zullen wij ten aanzien van bepaalde besluiten van de algemene vergadering nagaan hoe de hiervoor gekozen benadering uitwerkt.

1. Besluiten tot verlenging van de termijn voor het opstellen van de jaarrekening (art. 2:101 lid 1 BW) en het verlenen van opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een accountant (art. 2:393 lid 2 BW). Deze besluiten houden onlosmakelijk verband met de vaststelling van de jaarrekening. Daardoor mogen ook zij op grond van de ratio van artikel 2:101 lid 4 BW niet in de statuten aan de goedkeuring van derden worden onderworpen. Het onderwerpen van het besluit tot het verlenen van opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een goedkeuring sorteert sowieso weinig effect. Zou de algemene vergadering niet overgaan tot het verlenen van de opdracht vanwege het ontbreken van een goedkeuring, dan is immers de raad van commissarissen bevoegd en, zo deze ontbreekt of in gebreke blijft, het bestuur.
2. Besluiten over vrijwillige voortzetting van de volledige of verzwakte structuurregeling indien de wettelijke verplichting daartoe niet langer bestaat (art. 2:154 BW). Zoals eerder is gemeld, bepaalt artikel 2:154 lid 4 BW expliciet dat deze bevoegdheid van de algemene vergadering niet kan worden beperkt. Dit is geheel in lijn met

10. M. van Olffen, Inrichting van de statuten zonder preventief toezicht, in: A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. van Schilfgaarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 340.

11. H.J. de Kluiver & M. Meinema, Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire en contractuele afwijking en aanvulling, WPNR (2002) 6503, p. 655.

12. Een dergelijk criterium werd ook al door Treurniet verdedigd in zijn bespreking van de nieuwe richtlijnen. Hij verzette zich tegen inmening van derden in 'het vennootschapsgebeuren'. Zie W.C. Treurniet, De nieuwe richtlijnen, De Naamloze Vennootschap 1968-69, p. 157 e.v.

onze benadering. Het in de statuten onderwerpen van bedoelde besluiten aan de goedkeuring van een derde zou volgens onze benadering al een inbreuk maken op de wettelijk bepaalde structuur van de vennootschap en reeds daarom niet zijn toegestaan (ook al zou art. 2:154 lid 4 BW dit niet uitdrukkelijk bepalen).

3. Besluiten betreffende benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders. Deze komen, zoals Van Schilf-gaarde en Van Olffen al benadrukten, *te allen tijde* toe aan het tot benoeming bevoegde orgaan (art. 2:134 lid 1 BW). Uit de tekst van de wet blijkt dat de algemene vergadering deze bevoegdheden onbepert moet kunnen uitoefenen. Hetzelfde dient ons inziens te worden geconcludeerd ten aanzien van de volgende besluiten in verband met de benoeming van bestuurders en vertegenwoordiging van de vennootschap:
  - a. het besluit om het bindend karakter te ontnemen aan een voordracht voor de benoeming van een bestuurder (deze bevoegdheid komt de algemene vergadering *steeds* toe) (art. 2:133 lid 2 BW);
  - b. het besluit tot opheffing van een schorsing van een bestuurder door de raad van commissarissen (ook deze bevoegdheid komt de algemene vergadering *te allen tijde* toe) (art. 2:147 lid 2 BW); en
  - c. het besluit tot aanwijzing van één of meer anderen dan de raad van commissarissen in geval van aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij één of meer bestuurder(s) (art. 2:146 BW) (wederom komt deze bevoegdheid de algemene vergadering *steeds* toe).
4. Besluiten tot het verlenen van goedkeuring aan bestuursbesluiten kunnen worden onderscheiden in twee categorieën. Enerzijds zijn er de in artikel 2:107a BW bedoelde besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap (of de onderneming). Deze zijn op grond van de wet verplicht onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. Anderzijds zijn er de andere besluiten van het bestuur die op grond van artikel 2:129 lid 3 BW in vergaande mate in de statuten mogen worden onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. Voor beide categorieën goedkeurende besluiten geldt dat statutaire onderwerping aan de goedkeuring van een derde niet mogelijk is. Zo'n 'tweetrapsraket' maakt inbreuk op de structuur van de vennootschap en is daarom niet toegestaan. Zie in dit verband ook de eerder aangehaalde overwegingen van De Kluiver en Meinema.
5. Besluiten betreffende de wijziging van de statuten (art. 2:121 BW). Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds besluiten die een wijziging van de structuur van de vennootschap beogen, en anderzijds besluiten die dat niet doen. Besluiten die een

wijziging van de structuur van de vennootschap beogen, kunnen in de statuten in beginsel niet aan de goedkeuring van derden worden onderworpen.

Volledigheidshalve merken we hierbij nog op dat het wel zo kan zijn dat indien en zodra in de statuten bepaalde besluiten van de algemene vergadering aan de goedkeuring van een derde worden onderworpen, de daarmee aan die derde toegekende rechten onderdeel gaan uitmaken van de structuur van de vennootschap. Een besluit tot wijziging van een bepaling waarin deze rechten aan de derde zijn toegekend, kan dan in de statuten niet worden onderworpen aan de goedkeuring van een (andere) derde.

Aan artikel 2:122 BW kan de derde in het laatste geval naar onze mening overigens geen bescherming ontnemen. Dit artikel bepaalt – kort gezegd – dat een wijziging van de statuten van een vennootschap, voorzover die rechten van een ander dan de aandeelhouders betreft, zonder diens toestemming, geen nadeel aan die ander mag toebrengen. In het algemeen wordt aangenomen dat deze bescherming alleen geldt ten aanzien van bepaalde financiële rechten (en niet ten aanzien van bepaalde zeggenschapsrechten) die bij de statuten aan de derde zijn toegekend.<sup>13</sup>

### Conclusie

Artikel 2:101 lid 4 BW voorziet wel degelijk in de gesignaleerde behoefte. Daarbij moet men echter meer terughoudendheid betrachten dan de parlementaire geschiedenis doet vermoeden.

Steeds zal eerst moeten worden nagegaan of de wettelijke bepaling waarbij een bepaalde bevoegdheid aan de algemene vergadering is verleend, toegekend of opgelegd en de ratio daarvan toelaten dat een besluit waarbij deze bevoegdheid door de algemene vergadering wordt uitgeoefend, in de statuten aan de goedkeuring van een derde wordt onderworpen. Voorts zal dan nog moeten worden beoordeeld of er door de toekenning van het goedkeuringsrecht geen inbreuk wordt gemaakt op de structuur van de vennootschap.

Slechts indien aan deze beide toetsen is voldaan, kan met zekerheid worden gesteld dat het betreffende besluit van de algemene vergadering in de statuten kan worden onderworpen aan de goedkeuring van een derde.

*Mr. G.C. van Eck*  
*Mr. J. Mos*  
*Loyens & Loeff*

13. Zie o.a. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 542. J.M.M. Maeijer eveneens in zijn noot bij OK 15 oktober 1192, NJ 1993, 210 (Heuga) en Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 122 en 232. Alleen Van Schilf-gaarde lijkt voor een ruimere interpretatie te pleiten, maar geeft niet aan waar die haar grens moet vinden. Van Schilf-gaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2003, p. 318.