
De bindende voordracht en artikel 2:228 BW

Een van de struikelblokken bij het op maat redigeren van statuten voor een BV in het kader van een samenwerking tussen verschillende partijen (joint venture) vormt de benoeming van bestuurders. Hierbij doel ik met name op de behoefte van minderheidsaandeelhouders om invloed uit te oefenen op de samenstelling van het bestuur in de vorm van een bindende voordracht. Bij het redigeren van de bepaling inzake de benoeming van het bestuur met een bindende voordracht loopt men namelijk tegen artikel 2:243 lid 2 BW aan, een bepaling van dwingend recht. Dit artikel bepaalt dat aan een voordracht door de algemene vergadering steeds het bindend karakter kan worden ontnomen bij een besluit genomen met twee derde van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Aandeelhouders die meer dan twee derde van het geplaatste kapitaal houden, kunnen dus altijd het bindend karakter van een bindende voordracht ontnemen. In deze bijdrage wordt onderzocht of de mogelijkheid van de algemene vergadering om het bindend karakter van een voordracht te ontnemen ter zijde kan worden gesteld aan de hand van de mogelijkheden die artikel 2:228 BW biedt.

Daartoe zal allereerst kort de regeling omtrent het stemrecht op aandelen zoals vastgelegd in artikel 2:228 BW worden besproken.

Artikel 2:228 lid 1 BW bevat drie hoofdbeginselen: (1) alleen aandeelhouders hebben stemrecht, (2) iedere aandeelhouder heeft ten minste één stem, en (3) de statuten kunnen bepalen dat een aandeelhouder niet gerechtigd is tot uitoefening van het stemrecht zolang hij in gebreke is te voldoen aan een wettelijke of statutaire verplichting. Het stelsel van het evenredige stemrecht (art. 2:228 lid 2 en 3 BW) is de hoofdregel en wordt in de praktijk dan ook bijna altijd gebruikt. Uitgangspunt hierbij is dat het stemrecht wordt bepaald door de nominale waarde van de aandelen, zodanig dat indien de (soorten) aandelen verschillende nominale waarden hebben, de aandelen met de laagste nominale waarde recht geven op één stem en de overige aandelen recht geven op het aantal dat gelijk is aan het aantal malen dat de laagste nominale waarde is begrepen in die andere aandelen. Indien er twee soorten aandelen zijn met respectievelijk een nominale waarde van 10 euro en 100 euro, geven de aandelen groot 10 euro recht op 1 stem en die van 100 euro recht op 10 stemmen.

Er zijn twee mogelijkheden om af te wijken van het stelsel van het evenredige stemrecht. De eerste mogelijkheid is om gebruik te maken van het stelsel van het degressieve stemrecht (art. 2:228 lid 4 BW). Volgens dit stelsel mag men het stemrecht zo beperken, dat bij een groter bedrag aan aandelen het aantal stemmen niet in dezelfde mate stijgt. Dit stelsel komt erop neer dat er in de statuten verschillende categorieën van nominale waarden worden gemaakt waaraan een bepaald aantal stemmen wordt toegekend. Het is dus mogelijk om in de statuten vast te leggen dat, indien de aandelen een nominale waarde van 1000 euro hebben, iemand die aandelen houdt met een totale nominale waarde van 1000 tot 5000 euro, één stem kan uitoefenen, en van 5000 tot 10.000 euro twee stemmen. Bij het creëren van categorieën moet men wel in acht nemen dat de bepaling niet voordeliger mag zijn voor een aandeelhouder met meer (nominaal) aandelenkapitaal. Het omgekeerde is echter wel mogelijk. Verder moet het stemrecht voor aandeelhouders met een gelijk bedrag aan aandelen gelijk zijn.

De tweede mogelijkheid om af te wijken van het evenredige stemrecht is door gebruik te maken van het stelsel van het volstrekt beperkte stemrecht (art. 2:228 lid 5 BW). Dit stelsel houdt in dat indien iedere aandeelhouder ten minste één stem heeft, de regeling van het stemrecht geheel vrij is, mits geen aandeelhouder meer dan zes of drie stemmen mag uitbrengen, al naargelang het maatschappelijke kapitaal in 100 of meer, dan wel in minder dan 100 aandelen is verdeeld. Dit stelsel gaat uit van de relatie tussen de aandelen en de stemmen waarbij het bezit van (soorten) aandelen het aantal stemmen bepaalt.

Met inachtneming van het maximum van drie respectievelijk zes stemmen kan men bijvoorbeeld uitgaan van soorten aandelen met een gelijke nominale waarde, maar met verschillend stemrecht, of van soorten aandelen met verschillende nominale waarde, maar met gelijk stemrecht, dan wel van soorten aandelen met verschillende nominale waarde, en met verschillend stemrecht. Nadeel van het gebruik van deze bepaling is dat dit in de praktijk kan leiden tot het gebruik van stromannen wanneer een aandeelhouder meer aandelen houdt dan het maximaal aantal stemmen dat hij mag uitbrengen.¹ Het is daarom van belang om hiermee rekening te houden bij het redigeren van de overige bepalingen, zoals bijvoorbeeld de blokkeringsregeling.

Met gebruikmaking van artikel 2:228 lid 5 BW heeft men dus, met het voorschrift dat niemand meer dan drie respectievelijk zes stemmen mag uitbrengen, grote vrijheid bij het redigeren van het stemrecht in de statuten. Een belangrijke beperking bij het redigeren is echter dat het niet mogelijk is om de hiervoor besproken stelsels te combineren.²

Nu terug naar de vraag of artikel 2:228 BW behulpzaam kan zijn bij een (bindende) voordracht voor een bestuurder door een minderheidsaandeelhouder aan de hand van een voorbeeld waarbij er drie partijen zijn, partij A, partij B en partij C, die respectievelijk 45, 35 en 20% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap voor hun rekening nemen. Het maatschappelijk kapitaal is verdeeld in 100 of meer aandelen.

Op grond van de hoofdregel van artikel 2:228 BW (jo. art. 2:243 lid 2 BW) zou de algemene vergadering bij een bindende voordracht door C telkens het bindend karakter hiervan kunnen ontnemen. Om dit te voorkomen worden er conform artikel 2:228 lid 5 BW drie soorten aandelen gecreëerd, waarbij als hoofdregel in de statuten wordt opgenomen dat houders van aandelen A elk recht hebben op maximaal zes stemmen, houders van aandelen B elk op maximaal drie stemmen en houders van aandelen C elk op maximaal twee stemmen, dit alles ongeacht het aantal aandelen dat de desbetreffende aandeelhouder houdt. Vervolgens dient in de statuten te worden bepaald dat, in afwijking van de hoofdregel, bij een bindende voordracht door de houders van aandelen C, de houder van aandelen A recht heeft op maximaal drie stemmen, aandeelhouder B op maximaal twee stemmen en aandeelhouder C op maximaal zes stemmen. Zolang er geen twee stemrechtssystemen worden gecombineerd en zolang er aan eenzelfde aandeelhouder niet meer dan zes stemmen worden toegekend, kan er ook voor andere besluiten worden afgeweken van de hoofdregel.

Nadeel van het hiervoor vermelde systeem is dat, indien de statuten hierin niet hebben voorzien, er een situatie kan ontstaan die in strijd met de wet is indien aandelen worden overgedragen aan de houder van een andere soort aandelen die daardoor meer dan zes stemmen zou verkrijgen. Een ander nadeel is dat het systeem ook niet meer werkt, indien aan een derde aandelen worden overgedragen en daardoor de stemverhouding verandert, waarbij het bindend karakter van een voordracht alsnog kan worden ontnomen. Het is daarom essentieel dat de blokkeringsregeling zodanig wordt geredigeerd, dat het zonder instemming van alle aandeelhouders onmogelijk is dat aandelen van een bepaalde soort bij anderen dan de oorspronkelijke aandeelhouders komen. Tevens zouden de statuten op grond van artikel 2:195a BW kunnen bepalen dat (1) indien een aandeelhouder niet meer voldoet aan de statutaire kwaliteitseis, inhoudende dat een aandeelhouder partij moet zijn bij de in de statuten omschreven aandeelhoudersovereenkomst, of (2) indien een aandeelhouder twee soorten aandelen houdt, zijn stemrecht is opgeschort, dit voor het geval de blokkeringsregeling een niet-beoogde overdracht niet heeft kunnen tegenhouden. Ten slotte kan er in de statuten nog een bepaling worden opgenomen die inhoudt dat indien er aandelen van een bepaalde soort worden geleverd aan een houder van aandelen van een andere soort aandelen, dan wel indien aandelen worden gehouden door anderen dan de oorspronkelijke aandeelhouders, de in de statuten opgenomen stemrechtbepaling vervalt en automatisch wordt vervangen door een bepaling overeenkomstig het stelsel van het evenredige stemrecht. Hiermee is natuurlijk wel het destijds beoogde effect verloren gegaan en is men terug bij af.

Hoewel artikel 2:228 lid 5 BW kan worden gebruikt om te voorkomen dat het bindend karakter aan een voordrachtsrecht van een minderheidsaandeelhouder wordt ontnomen, is het gebruik van dit artikel alleen niet voldoende, niet in de laatste plaats doordat een overdracht van aandelen het systeem kan frustreren. Aanvullende bepalingen met betrekking tot de blokkeringsregeling al dan niet tezamen met een aandeelhoudersovereenkomst maken het systeem pas sluitend.

*Mr. J.J.C. van Straten
Stibbe*

1. HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434 (Scholten).

2. P.J. Dortmund in: R.J.C. van Helden (red.), *Problemen rondom de algemene vergadering*, Deventer: Kluwer 1994, p. 51-56.