

# Het agenderingsrecht van kapitaalverschaffers van naamloze vennootschappen

## Inleiding

‘Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de structuurregeling aan te passen en in verband daarmee ook de rechten van aandeelhouders en certificaathouders te versterken...’<sup>1</sup>

Met deze inleidende tekst werd een belangrijk doel van de wetgever met de invoering van de nieuwe structuurregeling passend verwoord.

De structuurregeling is in 1971 ingevoerd.<sup>2</sup> Mede gelet op de discussie omtrent corporate governance heeft de wetgever zich afgevraagd of de structuurregeling moest worden herzien of zelfs afgeschaft. Uiteindelijk heeft de wetgever gekozen voor een herziening van de structuurregeling, waarbij een groot aantal wijzigingen is doorgevoerd.

In deze bijdrage wordt een van die wijzigingen behandeld: de invoering van het zogenoemde wettelijke agenderingsrecht van aandeelhouders en certificaathouders (de kapitaalverschaffers). Daartoe wordt eerst een korte beschrijving van artikel 2:114a BW gegeven en wordt vervolgens een aantal relevante onderwerpen besproken. Tot slot wordt stilgestaan bij een probleem dat in de praktijk zal kunnen ontstaan. Voor het geconstateerde probleem verdient een aanpassing van de wet de voorkeur, mede gelet op het feit dat de jurisprudentie zich op dit gebied nog zal moeten ontwikkelen.

## Het agenderingsrecht

Het agenderingsrecht van kapitaalverschaffers van naamloze vennootschappen is neergelegd in artikel 2:114a BW.<sup>3</sup> Kort gezegd kunnen één of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een honderdste gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, de vennootschap schriftelijk verzoeken om de behandeling van een onderwerp tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). Wanneer het gaat om een beursvennootschap, kunnen ook één of meer houders van aandelen met een beurswaarde van ten minste vijftig miljoen euro een schriftelijk verzoek bij de vennootschap indienen (lid 2).

Het onderwerp waarvan de behandeling wordt verzocht, dient schriftelijk bij de vennootschap te worden ingediend en wordt opgenomen in de oproeping voor de eerstvolgende AVA, indien de vennootschap het verzoek niet later ontvangt dan op de zestigste dag voor die van de AVA, en

---

1. Stb. 2004, 370.

2. Wet van 6 mei 1971, Stb. 1971, 289.

3. Ingevoerd bij Wet aanpassing structuurregeling van 9 juli 2004, Stb. 2004, 370, i.w.tr. 1 oktober 2004, Stb. 2004, 405.

indien geen zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet (lid 1). Bij de besloten vennootschap geldt overigens een termijn van dertig dagen (art. 2:224a BW).

In de statuten kan het vereiste gedeelte van het kapitaal of de waarde van de aandelen lager worden gesteld en de termijn voor indiening van het verzoek worden verkort (lid 3). Voor de toepassing van artikel 2:114a BW worden met de houders van aandelen gelijkgesteld de houders van de certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven (lid 4).

#### Enkele relevante onderwerpen

Hierna volgt een korte uiteenzetting van onderwerpen waarmee de vennootschap en/of de kapitaalverschaffer rekening dienen te houden bij (de uitoefening van) het agenderingsrecht. Daar waar wordt gesproken over de aandeelhouder, wordt tevens bedoeld de certificaathouder, tenzij anders is aangegeven.

#### *Dubbeltelling/samenloop*

Het vierde lid van artikel 2:114a BW verklaart het artikel van overeenkomstige toepassing op certificaathouders. Dit betekent dat ook de houders van certificaten die voldoen aan het vertegenwoordigingscriterium of het kapitaalscriterium, het bestuur van de vennootschap om de behandeling van onderwerpen kunnen verzoeken. Deze mogelijkheid kan echter 'dubbeltelling' en 'samenloop' tot gevolg hebben.

Onder dubbeltelling wordt verstaan de situatie dat het kapitaal dat wordt verschaft door de aandeelhouder en de achterliggende certificaathouder, bij elkaar wordt opgeteld om zo het kapitaalscriterium te bereiken. Bij de toetsing van het kapitaalscriterium zal door het bestuur van de vennootschap een eventuele dubbeltelling van aandeelhouder en certificaathouder dienen te worden voorkomen. Zoals Nowak terecht opmerkt, heeft een 0,5%-aandeelhouder die zijn aandelen heeft gecertificeerd, tezamen met de desbetreffende certificaathouder niet 1% van het geplaatste kapitaal en derhalve geen wettelijk recht om agendavoorstellen te doen.<sup>4</sup>

Onder samenloop wordt verstaan de situatie waarin de aandeelhouder en de desbetreffende certificaathouder die beiden gerechtigd zijn om de behandeling van een onderwerp te verzoeken, twee verschillende agendapunten indienen over hetzelfde onderwerp.<sup>5</sup> Het gevaar van samenloop kan evenwel worden ondervangen door in de statuten of in de certificeringsvoorwaarden afspraken hieromtrent vast te leggen. Zo zou in de statuten kunnen worden bepaald dat in een dergelijke situatie het voorgestelde onderwerp met twee verschillende toelichtingen wordt opgenomen in de agenda, waardoor met één agendapunt kan worden volstaan.

4. R.G.J. Nowak, *Agenderingsperikelen*, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 360.

5. Zie ook C.A. Schwarz, *Rechtspersonen (losbl.)*, Deventer: Kluwer, art. 114a, aant. 3.

#### *Uitsluiting agenderingsrecht*

Het derde lid van artikel 2:114a BW bepaalt dat de AVA in de statuten kan laten opnemen dat een kortere termijn dan zestig dagen geldt en dat in de statuten het vereiste gedeelte van het kapitaal of de waarde van de aandelen lager kan worden gesteld. In dat kader kan de vraag worden gesteld of het ook mogelijk is om in de statuten het agenderingsrecht voor aandeelhouders geheel uit te sluiten. In het licht van artikel 2:25 BW dient deze vraag mijns inziens echter ontkennend te worden beantwoord.

#### *Termijnen*

Een voorwaarde voor het (laten) agenderen van een onderwerp is dat een aandeelhouder dit verzoek schriftelijk bij de vennootschap indient op een termijn van ten minste zestig dagen voor de dag van de vergadering. Deze termijn kan, zoals gezegd, in de statuten worden verkort.

Een aandeelhouder zal enerzijds gebaat zijn bij een kortere termijn dan deze zestig dagen, aangezien hij vaak de behoefte heeft om enkele dagen voor de oproeping nog onderwerpen aan de agenda toe te voegen. Anderzijds snijdt hij zichzelf met een verkorting van de termijn mogelijk in de vingers. Indien het een aandeelhouder is toegestaan tot kort voor de oproepingsdatum agendapunten aan te dragen, dan loopt hij daarmee het risico dat in de oproeping, ondanks zijn uitdrukkelijke verzoek, het voorgestelde agendapunt niet is opgenomen. Op grond van artikel 2:114 lid 2 BW kunnen dan over het onderwerp geen rechtsgeldige besluiten worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. De besluiten die in strijd met dit artikel worden genomen, zullen vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW.

#### *Weigering om een onderwerp op de agenda te plaatsen*

Zoals volgt uit lid 1 van artikel 2:114a BW, kan de vennootschap de opneming van het onderwerp op de agenda slechts in twee gevallen weigeren: (1) indien het verzoek wordt gedaan later dan op de zestigste dag voor de AVA, of (2) indien een zwaarwichtig belang zich tegen de opneming verzet.

Het bijvoeglijk naamwoord 'zwaarwichtig' impliceert dat een weigering door de vennootschap niet snel gerechtvaardigd zal zijn. Bij een eventuele weigering een onderwerp te agenderen zal het belang van de vennootschap voorop dienen te staan. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat afwijzing van een agendapunt rechtvaardig moet worden geacht, indien de opneming van het onderwerp is voorgesteld om de vergaderorde in ernstige mate te verstoren. Hierbij kan worden gedacht aan een verzoek tot opneming van een bovenmatig aantal agendapunten<sup>6</sup> of aan andere vormen van misbruik van recht (art. 3:13 BW).

6. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 26.

## Vennootschap & Onderneming

Het recht op agendering mag in ieder geval niet worden onthouden, wanneer uitsluitend een persoonlijk belang van bestuurders of commissarissen in het geding is, bijvoorbeeld omdat het vertrouwen in hun functioneren als agendapunt aan de orde zou worden gesteld. Afwijzing zal evenmin gerechtvaardigd zijn, wanneer een aandeelhouder verzoekt om openbaarmaking van concurrentiegevoelige informatie.<sup>7</sup>

Aangezien in beginsel het bestuur van de vennootschap de agenda vaststelt, zal het bestuur over de agendering van een voorgesteld onderwerp dienen te beslissen. De bewijslast dat een zwaarwichtig belang zich tegen agendering verzet, rust dan ook op het bestuur. Het bestuur zal de afwijzing om een onderwerp op de agenda te plaatsen deugdelijk dienen te motiveren. Indien het bestuur van de vennootschap dit nalaat, dan wordt het mogelijk geacht dat de aandeelhouder de bestuurders aanspreekt op grond van onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatige daad.<sup>8</sup> Het zou mijns inziens eveneens mogelijk moeten zijn om een enquêteprocedure te initiëren bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Een niet-gemotiveerde en onterechte afwijzing van een agendapunt door het bestuur zou immers gegronde redenen kunnen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen.<sup>9</sup> Het verzoek hiertoe kan echter alleen worden gedaan door één of meer aandeelhouders of certificaathouders die alleen of gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag in aandelen of certificaten die een nominale waarde vertegenwoordigen van EUR 225.000, of zoveel minder als de statuten bepalen (art. 2:346 sub b BW).

### *Weigering om reactie te geven op voorgesteld onderwerp*

De situatie waarin het bestuur van de vennootschap geen enkele reactie op een voorgesteld onderwerp geeft, wordt in de wetsgeschiedenis niet behandeld. De weigering van het bestuur van de vennootschap een reactie te geven kan mijns inziens onder omstandigheden worden beschouwd als onbehoorlijk bestuur dan wel een onrechtmatige daad. Door niet (of niet tijdig) te reageren op een voorstel van een aandeelhouder om een onderwerp op de agenda te plaatsen ontnemt het bestuur van de vennootschap immers de aandeelhouder de mogelijkheid om in een kort geding te vorderen dat de door hem aangedragen agendapunten voor de oproeping alsnog op de agenda worden geplaatst.

### **Afdwingen in rechte van agendering**

Indien het voorgestelde onderwerp niet wordt geagendeerd door het bestuur van de vennootschap, heeft de aandeelhouder de mogelijkheid om de agendering van het onderwerp in rechte af te dwingen.<sup>10</sup> De aandeelhouder zal op een zo

kort mogelijke termijn een uitspraak wensen, zodat het door hem voorgestelde onderwerp nog in de AVA kan worden behandeld. De voorzieningenrechter in kort geding is derhalve de aangewezen instantie om zich over de vordering van de aandeelhouder te buigen. Indien de voorzieningenrechter beveelt dat het bestuur van de vennootschap een onderwerp alsnog moet agenderen, kunnen drie situaties worden onderscheiden. De situatie waarin agendering wordt bevolen: (1) vóór de oproeping van de AVA; (2) ná de oproeping, maar voor aanvang van de AVA; en (3) na de AVA.

### *De besluitvorming*

Bij de oproeping worden de te behandelen onderwerpen vermeld of wordt meegedeeld dat de aandeelhouders er ten kantore van de vennootschap kennis van kunnen nemen (art. 2:114 lid 1 BW). Over onderwerpen waarvan de behandeling niet bij de oproeping is aangekondigd, kunnen geen rechtsgeldige besluiten worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (art. 2:114 lid 2 BW).

Wanneer de voorzieningenrechter voor de oproeping van de AVA uitspraak doet waarin het bestuur van de vennootschap wordt bevolen het voorgestelde agendapunt alsnog te agenderen, zal de hiervoor genoemde beperking niet tot problemen leiden. Het door de aandeelhouder voorgestelde agendapunt zal nog tijdig op de agenda kunnen worden geplaatst, zodat de AVA over dit onderwerp rechtsgeldige besluiten kan nemen.

In de twee andere situaties ontstaat echter wel een probleem. In de tweede situatie is het onderwerp immers niet overeenkomstig artikel 2:114 lid 1 BW bij de oproeping aangekondigd, waardoor er over dit onderwerp geen rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (art. 2:114 lid 2 BW). Uit de wetsgeschiedenis volgt evenwel dat indien de voorzieningenrechter de aandeelhouder in het gelijk stelt, en derhalve het voorgestelde onderwerp geagendeerd dient te worden, een nieuwe agenda in overeenstemming met de wet openbaar moet worden gemaakt.<sup>11</sup> Een wijziging van de agenda voor de vergadering zal tot gevolg moeten hebben dat de vergadering wordt verschoven teneinde te voldoen aan de minimale oproepingstermijn van artikel 2:115 BW.

Wanneer de voorzieningenrechter pas na de AVA uitspraak doet waarin de aandeelhouder in het gelijk wordt gesteld, dient op korte termijn een nieuwe AVA te worden bijeengeroepen. Het spoedeisende belang waarmee de aandeelhouder zich tot de voorzieningenrechter heeft gewend, verzet zich mijns inziens tegen de mogelijkheid om het voorgestelde onderwerp pas bij de oproeping van de eerstvolgende AVA te agenderen.<sup>12</sup>

7. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 26-27.

8. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 27.

9. Zie ook W.W. de Nijs Bik, *De nieuwe structuurregeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102.

10. Zie ook R.G.J. Nowak, *Het nieuwe agenderingsrecht van kapitaalverschaffers*, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 677.

11. Kamerstukken I 2003/04, 28 179, B, p. 11.

12. Anders: Nowak 2004, p. 677.

---

---

### Conclusie

De huidige wettekst biedt geen duidelijkheid voor wat betreft de periode tussen de oproeping en de dag van de AVA. Indien een aandeelhouder in deze periode een kortgedingvonnis verkrijgt op grond waarvan het bestuur van de vennootschap wordt bevolen de voorgestelde agenda-punten te agenderen, kunnen over deze onderwerpen gezien het bepaalde in artikel 2:114 lid 2 BW, geen rechtsgeldige besluiten meer worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Het is tevens onduidelijk wat de consequentie is voor de rechtsgeldigheid van de besluiten omtrent de andere onderwerpen, indien het bestuur van de vennootschap in weerwil van het vonnis van de voorzieningenrechter toch besluit de AVA te laten plaatsvinden. Deze besluiten zouden mijns inziens vernietigbaar moeten zijn op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW.

De wetsgeschiedenis biedt in dat verband meer duidelijkheid. In de hiervoor genoemde situatie zou het bestuur van de vennootschap verplicht zijn in overeenstemming met de wet een nieuwe agenda openbaar te maken. De openbaarmaking van een nieuwe agenda in de periode tussen de oproeping en de AVA brengt dan met zich dat de beoogde datum voor de vergadering naar een latere datum verschoven moet worden teneinde te voldoen aan de minimale oproepingstermijn van artikel 2:115 BW. In de AVA zouden dan wel rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen over het op basis van het vonnis toegevoegde onderwerp.

Deze verplichting volgt evenwel niet uit de thans geldende wettekst. In dat kader verdient het aanbeveling de artikelen 2:114 en 2:115 BW aan te passen, in die zin dat er een bepaling aan deze artikelen wordt toegevoegd voor onderwerpen die conform artikel 2:114a BW geagendeerd hadden moeten worden. Hierbij zou de tekst van de wetsgeschiedenis als leidraad kunnen dienen.

*Mr. S.J.M. Hoeben*  
*NautaDutilh*