

De totstandkoming van een aandeelhoudersbesluit buiten vergadering

Inleiding

Op 10 januari 2006 heeft het Hof Arnhem een opmerkelijke uitspraak gedaan op het gebied van besluitvorming buiten vergadering.¹ Het hof oordeelt namelijk dat een besluit tot benoeming van een bestuurder in een notariële akte slechts kan worden genomen in een situatie waarin sprake is van *één enkele aandeelhouder*. In deze bijdrage wordt nader onderzocht hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de huidige vennootschapsrechtelijke literatuur op het gebied van besluitvorming buiten vergadering. Naar mijn mening had het oordeel van het hof ook anders kunnen luiden. Tevens vraag ik mij af wat de gevolgen zijn voor het Nederlandse notariaat als gevolg van deze uitspraak.

Casus

De casus van de hiervoor genoemde uitspraak luidt als volgt: op 20 december 2000 worden alle aandelen in *Lezavo B.V.* (later genaamd: *Blankenhoef Participatie B.V.*; hierna: *Blankenhoef*) bij notariële akte geleverd door verkoper X aan de heren G.E. Hoogakker (hierna: *Hoogakker*) en R. Koelewijn (hierna: *Koelewijn*), alsmede aan *NVR Adviesgroep B.V.* (hierna: *NVR*). In de leveringsakte wordt tevens via een 'besluit buiten vergadering' besloten tot een bestuurswisseling, waarbij de voornoemde kopers benoemd worden tot bestuurder van *Blankenhoef*. Het benoemingsbesluit in de leveringsakte luidt als volgt: 'Door de verkoper en de kopers is gezamenlijk, zulks bij wijze van unaniem besluit van de voltallige algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap, besloten: (a) met ingang van het tijdstip na ondertekening van de akte ontslag te verlenen aan de verkoper als bestuurder van de vennootschap; en (b) bij dezen tezelfdertijd de kopers te benoemen tot nieuwe bestuurder van de vennootschap.' *Lammers* is bestuurder van *NVR* en is niet aanwezig op het moment van het passeren van de leveringsakte, maar tekent een volmacht namens *NVR* ná het passeren van de akte. De notaris heeft de leveringsakte gepasseerd op basis van volmachten van alle partijen. De volmachten hebben enkel betrekking op de verkrijging van het aandelenpakket, maar houden niets in met betrekking tot een benoeming van *NVR* tot bestuurder van *Blankenhoef*. Op het moment dat *Blankenhoef* failliet wordt verklaard, doet zich met name de vraag voor of *NVR* tot bestuurder van *Blankenhoef* is benoemd.

Oordeel hof

Het hof is van mening dat op grond van het hiervoor genoemde besluit buiten vergadering niet is gebleken dat

op 20 december 2000, de dag waarop de aandelen in *Blankenhoef* zijn geleverd aan *Hoogakker*, *Koelewijn* en *NVR*, een vergadering van deze aandeelhouders heeft plaatsgevonden waarop een besluit is genomen ten aanzien van de bestuursbenoeming. Ook is niet gebleken dat ten aanzien van de bestuursbenoeming rechtsgeldige besluitvorming op andere wijze dan in een vergadering heeft plaatsgevonden. Immers, niet is voldaan aan het in artikel 2:238 BW gestelde vereiste dat de aandeelhouders de stemmen schriftelijk moeten hebben uitgebracht. Onvoldoende is dat het benoemingsbesluit van de aandeelhouders schriftelijk is vastgelegd door de notaris in de leveringsakte. Met een dergelijke schriftelijke vastlegging kan slechts worden volstaan in de situatie dat sprake is van één enkele aandeelhouder.² Die situatie heeft zich in het onderhavige geval niet voorgedaan, zodat wegens het ontbreken van schriftelijk uitgebrachte stemmen door de aandeelhouders, althans door *NVR*, geen sprake is geweest van een rechtsgeldig genomen benoemingsbesluit. Dit heeft tot gevolg dat *NVR* geen formeel bestuurder van *Blankenhoef* is geworden.³

Recapitulatie

Onder verwijzing naar het arrest *Janssen Pers*⁴ geeft het hof aan dat voor besluitvorming buiten vergadering voldaan moet zijn aan de vereisten van artikel 2:238 BW. Het hof is aldus van oordeel dat met een dergelijke schriftelijke vastlegging slechts kan worden volstaan in de situatie dat sprake is van één enkele aandeelhouder. Die situatie heeft zich in het onderhavige geval niet voorgedaan. In het licht van de onderhavige casus zal ik hierna de vereisten van artikel 2:238 BW nader bespreken.

Voorwaarden voor besluitvorming buiten vergadering

Artikel 2:238 BW vermeldt over besluitvorming buiten vergadering het volgende:

'De statuten kunnen bepalen dat besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in een vergadering kan geschieden, tenzij met medewerking van de vennootschap certificaten op naam van aandelen zijn uitgegeven. Indien de statuten een zodanige regeling bevatten, is zulk een besluitvorming slechts mogelijk met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders. De stemmen kunnen alleen schriftelijk worden uitgebracht.'

Aandeelhouders kunnen aldus buiten vergadering besluiten nemen indien aan de volgende preliminaire vereisten is voldaan: (1) het besluit dient anders dan in de algemene vergadering te worden genomen, (2) de statuten dienen besluitvorming buiten vergadering toe te staan, en (3) er

1. Hof Arnhem 10 januari 2006, 13 september 2005 en 6 juli 2004, rolnr. 2003/673 m.nt. H.M.L. Dings.

2. HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595.

3. HR 15 december 2000, NJ 2001, 109.

4. HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595.

mogen geen erkende certificaathouders of daarmee gelijk te stellen personen zijn. Daarnaast gelden de volgende constitutieve vereisten om een dergelijk besluit buiten vergadering tot stand te laten komen: (a) medewerking van alle stemgerechtigde aandeelhouders,⁵ (b) algemene stemmen en (c) opschriftstelling van de stemmen. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of een besluit met algemene stemmen kan worden genomen indien een aandeelhouder zich van zijn stem onthoudt; het besluit zou dan zijn genomen zonder dat er stemmen tegen zijn uitgebracht. Indien de besluitvorming niet geschiedt met algemene stemmen, komt het besluit niet tot stand. Men spreekt in dat geval van een non-existent besluit. Wanneer niet alle stemmen op schrift zijn gesteld, wordt wel verdedigd dat het besluit ook non-existent is, of nietig.⁶

Evaluatie

Wanneer de vereisten voor de totstandkoming van een besluit buiten vergadering in het licht van de casus nader worden bezien, rijzen drie vragen.

1. Allereerst vraag ik mij af waarom het hof van oordeel is dat onvoldoende is dat het benoemingsbesluit van de aandeelhouders schriftelijk is vastgelegd door de notaris in de leveringsakte en dat een dergelijke schriftelijke vastlegging slechts mogelijk is in de situatie waarin sprake is van één enkele aandeelhouder. De wet bepaalt dat in deze situaties een besluit tot stand komt met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders. Verder schrijft de wet voor dat deze algemene stemmen schriftelijk dienen te worden vastgelegd. Dat is overigens ook logisch; alleen wanneer het voorstel eenstemmig door alle aandeelhouders wordt aanvaard, doet het bezwaar van het ontbreken van de mogelijkheid tot debat en van het aldus beïnvloeden van de besluitvorming zich niet voor.⁷ Het hof beroept zich op het Janssen Pers-arrest. Een van de rechtsregels die uit het Janssen Pers-arrest voortvloeit, is dat een besluit van een enig aandeelhouder wordt genomen zodra diens besluit schriftelijk wordt vastgelegd. Artikel 2:247 lid 1 BW regelt overigens ook de verplichting tot het schriftelijk vastleggen van rechtshandelingen tussen de enig aandeelhouder en de vennootschap die wordt vertegenwoordigd door die aandeelhouder. Indien een dergelijke rechtshandeling niet schriftelijk is vastgelegd, is zij vernietigbaar. Uit het Janssen Pers-arrest blijkt naar

mijn mening niet dat met een schriftelijke vastlegging slechts kan worden volstaan in de situatie dat sprake is van één enkele aandeelhouder. Derhalve ben ik van mening dat het hof in deze uitspraak het constitutieve vereiste 'met algemene stemmen' van artikel 2:238 BW niet correct heeft geïnterpreteerd.

2. Een tweede vraag die rijst, is of NVR wel of niet een schriftelijke stem heeft uitgebracht. Het hof is van mening dat NVR in ieder geval geen schriftelijke stem heeft uitgebracht. In de uitspraak komt naar voren dat Lammers pas na het passeren van de leveringsakte een volmacht namens NVR heeft getekend. Echter, wanneer we de feiten van deze uitspraak nader bestuderen, blijkt dat de notaris vóór het passeren van de akte contact heeft gehad met Lammers over de volmacht, 'omdat hij anders de akte niet zou hebben gepasseerd'. Tijdens deze conversatie tussen de notaris en Lammers heeft Lammers blijkbaar mondeling een volmacht gegeven om de leveringsakte te doen passeren. NVR was dus rechtsgeldig bij de akte vertegenwoordigd. Wat wordt nu verstaan onder schriftelijk stemmen? Uit de heersende literatuur blijkt dat een schriftelijke stem een stem op papier is, dan wel per telex, telefax of telegram,⁸ en volgens sommigen zelfs per computer.⁹ Zolang alle (stemgerechtigde) aandeelhouders, *i.e.* de kopers die partij zijn bij de leveringsakte, dus hun stem schriftelijk vastleggen, wordt voldaan aan de vereisten voor de totstandkoming van een besluit buiten vergadering. De notaris heeft in de akte verklaard dat het benoemingsbesluit is genomen. Naar mijn mening heeft NVR dus blijkbaar wél een schriftelijke stem uitgebracht. Echter, het hof is van mening dat NVR geen schriftelijke stem heeft uitgebracht. Zou de kerngedachte van het hof dan zijn dat Lammers niet benoemd is, omdat hij geen schriftelijke volmacht vóór het passeren van de akte heeft getekend? NVR is namens Lammers in ieder geval vertegenwoordigd en heeft (net als de andere aandeelhouders) het besluit schriftelijk in de akte verwoord.
3. Wat betekent deze uitspraak nu voor de notariële praktijk? Volgens de betrokken notaris is het in het notariaat gebruikelijk om dergelijke aandeelhoudersbesluiten buiten vergadering in leveringsakten op te nemen. Betekent dit nu dat een onbekend aantal bestuurders van Nederlandse vennootschappen niet is benoemd? In het licht van deze uitspraak, waarop wel wat valt af te dingen, lijkt het derhalve raadzaam aandeelhouders-

5. Zie ook S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss. Groningen), Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, deel 31, Deventer: Kluwer 1999, p. 80, alsmede Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 209; anders: Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 64.

6. Zie ook Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 262, p. 334, alsmede Van Schilfgaarde/Winter 2006, nr. 64.

7. Asser/Maeijer 2-III, nr. 132, p. 333-334.

8. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 229; C.W. de Monchy & L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 65; Asser/Maeijer 2-III, nr. 262; Van Schilfgaarde/Winter 2006, nr. 64.

9. C.A. Schwarz, *Rechtspersonen (losbl.)*, Deventer: Kluwer, art. 128, aant. 2.

besluiten tot benoeming van bestuurders in een separaat schriftelijk document vast te leggen, en niet op te nemen in een leveringsakte. Een van de kerntaken van het notariaat is immers zijn bijdrage leveren aan de rechtszekerheid. Deze uitspraak ondermijnt de rechtszekerheid en het notariaat heeft hierop te anticiperen. Als we de lijn van de onderhavige uitspraak doortrekken naar andere besluiten buiten vergadering in notariële akten, dienen we ons af te vragen of deze besluiten überhaupt wel tot stand zijn gekomen. Stel bijvoorbeeld dat de statuten van een vennootschap een goedkeuringsregeling als blokkeringsregeling bevatten. Twee aandeelhouders verkopen en leveren hun respectievelijke deelnemingen aan koper X. In de leveringsakte besluiten de aandeelhouders 'buiten vergadering' elkaar goedkeuring te verlenen om hun deelnemingen aan koper X te leveren. Is nu ook dit aandeelhoudersbesluit niet rechtsgeldig tot stand gekomen, omdat (1) *meerdere* aandeelhouders hun besluit schriftelijk in een leveringsakte hebben vastgelegd, of (2) de volmachten niet met zoveel woorden naar het te nemen aandeelhoudersbesluit verwijzen?

Vereenvoudiging van BV-recht

In hoeverre komt bovengenoemde uitspraak anders te luiden onder het nieuwe BV-recht? Het ambtelijk voorontwerp van het vernieuwde artikel 2:238 BW luidt als volgt:

‘1. Besluitvorming van aandeelhouders kan op andere wijze dan in een algemene vergadering geschieden tenzij de statuten anders bepalen en mits alle vergadergerechtigden schriftelijk met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. De stemmen worden schriftelijk uitgebracht.

2. Tenzij de statuten anders bepalen kunnen de stemmen ook langs elektronische weg worden uitgebracht en kan de instemming met de wijze van besluitvorming langs elektronische weg plaatsvinden.’

Een van de vernieuwingen is dat de unanimiteitseis komt te vervallen. Besluitvorming zal zodoende kunnen plaatsvinden volgens de algemene regels voor besluitvorming in vergadering, dat wil dus zeggen in beginsel met volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen (art. 2:230 BW). In de onderhavige uitspraak hebben de kopers op de dag dat de leveringsakte werd gepasseerd, schriftelijk hun besluit buiten vergadering verwoord. Hieruit is naar mijn mening af te leiden dat het besluit unaniem is genomen. Wanneer (volgens het hof) Lammers niet aan de besluitvorming heeft deelgenomen, doet zich de vraag voor of een besluit buiten vergadering tot stand zou zijn gekomen. Het effect van het nieuwe BV-recht doet zich nu gevoelen; het vernieuwde lid 1 van artikel 2:238 BW bepaalt namelijk niet meer dat het besluit met algemene stemmen dient te worden genomen. Zodra een volstreekte meerderheid van alle stemgerechtigde aandeelhouders buiten vergadering besluit tot benoeming van

nieuwe bestuurders, is het besluit rechtsgeldig tot stand gekomen. Ik ga ervan uit dat de wettelijke en statutaire quorum-eisen waaraan de leden 2 en 3 van artikel 2:230 BW refereren, van overeenkomstige toepassing zijn op besluiten buiten vergadering.¹⁰ Onder het vernieuwde BV-recht is echter wel vereist dat alle vergadergerechtigden ermee instemmen dat de besluitvorming buiten vergadering plaatsvindt.

Het vereiste van de schriftelijkheid blijft onder het nieuwe BV-recht in stand. Schriftelijk, zo vermeldt artikel 2:238 lid 2 BW, kan ook betekenen ‘langs elektronische weg’, tenzij de statuten anders bepalen. In de beschikbare literatuur wordt reeds genoemd dat onder ‘schriftelijk’ nu ook ‘per e-mail’ wordt verstaan. Wanneer Lammers dus (onder het nieuwe BV-recht) in de hiervoor genoemde uitspraak aan de notaris vóór het passeren van de leveringsakte een e-mail zou hebben gezonden met de mededeling dat hij akkoord zou zijn met de besproken wijze van besluitvorming, zou het hof in casu wellicht anders hebben geoordeeld.

Conclusie

Het Hof Arnhem heeft in de onderhavige zaak een opmerkelijke uitspraak gedaan: een aandeelhoudersbesluit buiten vergadering dat schriftelijk is vastgelegd in een akte van levering van aandelen, komt niet tot stand indien een van de aandeelhouders mondeling een volmacht heeft gegeven voor het verlijden van de akte (ook niet indien hij na het passeren van de akte een volmacht heeft getekend). De schriftelijke volmacht vermeldde niets omtrent de benoeming van NVR tot bestuurder van Blankenhoef. Uit de uitspraak is niet duidelijk geworden of de volmachten verwezen naar de concept-leveringsakte; wellicht had de uitspraak anders geluid wanneer de volmachten tevens verwezen naar de bestuursbenoemingen. Tevens is het hof van oordeel dat ‘met een dergelijke schriftelijke vastlegging slechts kan worden volstaan in de situatie dat sprake is van één enkele aandeelhouder’. Uit de onderhavige uitspraak blijkt helaas niet waarom het hof tot deze beslissing is gekomen. Gezien het vorenstaande is het de vraag of de vereisten van artikel 2:238 BW correct zijn nageleefd. In de praktijk zal deze uitspraak ertoe leiden dat aandeelhoudersbesluiten tot benoeming van bestuurders voortaan in een separaat schriftelijk document dienen te worden vastgelegd. De uitspraak zou wellicht anders hebben geluid onder het nieuwe BV-recht. Unanimiteit van stemmen is in dat geval niet meer vereist. Alle vergadergerechtigden dienen echter wél met deze wijze van besluitvorming in te stemmen.

*Mr. F.G. Röben
Loyens & Loeff*

¹⁰ Zie ook: T.P. van Duuren, *De vereenvoudigde BV*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2006, Deventer: Kluwer 2006, p. 24.