

Gevolgen ontbreken goedkeuring algemene vergadering voor ingrijpende bestuursbesluiten (art. 2:107a lid 2 BW): wetgever contra systeem van de wet en Hoge Raad



Mr. W. Bosse*

1. Inleiding; art. 2:107a BW en parlementaire geschiedenis

In de literatuur heerst overeenstemming over de afbakening van bevoegdheden tussen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders met betrekking tot ingrijpende besluiten. Zo schrijft Maeijer dat men in het algemeen kan stellen dat bevoegdheden die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de beschikking over (een zeer wezenlijk deel van) haar onderneming, in het stelsel van de wet eerder aan de algemene vergadering van aandeelhouders moeten toevallen dan aan het bestuur.¹ Idem Van Schilfgaarde waar hij schrijft dat handelingen die diep ingrijpen in de structuur van de vennootschap of de onderneming, of de zeggenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders uithollen, alleen in uitzonderingsgevallen tot de bestuursbevoegdheid kunnen worden gerekend....., hetgeen op zijn minst wil zeggen dat goedkeuring of de instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders een vereiste is.² Ook overigens wordt in de literatuur wel aangenomen dat de algemene vergadering van aandeelhouders moet instemmen met besluiten van het bestuur waardoor het karakter van de onderneming wijzigt.³ Behalve in de literatuur geldt het volgens de Nederlandse corporate governance code van de commissie corporate governance (commissie Tabaksblat) van 9 december 2003, als goed ondernemingsbestuur dat de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming aan de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders zijn onderworpen (Principe bij IV.1).

In zijn advies van 19 januari 2001 aan de Tweede Kamer heeft de SER voorgesteld de rol van de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van het volgende te versterken:⁴

“De raad is van oordeel dat de rol van de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van ingrijpende besluiten moet worden versterkt. Hij heeft overwogen dat het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders omslachtig, tijdrovend en kostbaar kan zijn. Niettemin is de raad van oordeel dat – in het verlengde van bevoegdheden die zij thans op grond van de

wet heeft – de algemene vergadering van aandeelhouders een goedkeuringsrecht dient te hebben terzake van besluiten die, globaal gezegd, ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert. Behalve aan besluiten die strekken tot overdracht van de gehele of vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap, denkt de raad hierbij aan ingrijpende besluiten als het aangaan dan wel verbreken van duurzame samenwerking met of deelneming in andere ondernemingen, in de vorm van investeringen, respectievelijk desinvesteringen (...).”

Naar aanleiding van het advies van de SER heeft het kabinet toegezegd de regeling voor het bestuur en toezicht van grote naamloze besloten vennootschappen in overeenstemming te brengen met het advies. Het wetsvoorstel “wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling”⁵ strekt tot uitvoering van die toezegging. In dit wetsvoorstel is een art. 2:107a BW opgenomen dat luidt als volgt:

1. Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het

* Notaris te Amsterdam

1. Asser-Maeijer 2-III, nr. 258.
2. P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 42.
3. M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999, blz. 198. M.P. Nieuwe Weme, “Het recht van instemming en consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders; lessen uit HBG”, *JORplus*, 2002, blz. 11 met verwijzingen. G.N.H. Kemperink, “Enquêterecht en overnamegeschillen”, *Ondernemingsrecht* 2002-8, blz. 240. Vgl. ook B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer, 1990, blz. 87 die opmerkt dat aan de aandeelhoudersvergadering van een structuurvennootschap minder snel advies gevraagd behoef te worden omdat er een (verplichte) raad van commissarissen is.
4. *Kamerstukken II* 2000/01, 25 732, nr. 17, blz. 58. De ministerraad heeft het advies nagenoeg ongewijzigd overgenomen; zie de brief van 9 februari 2001 van de minister van Justitie, *Kamerstukken II* 2000/01, 25 732, nr. 18. Zie over dit advies: D.C. Buijs, “Het SER-advies over de structuurregeling: de ondernemingsraad heeft recht op zijn “njet””, *Ondernemingsrecht* 2001-8, blz. 228-232.
5. Wet van 9 juli 2004, Stb. 370, in werking getreden op 1 oktober 2004, besluit van 9 augustus 2004, Stb. 405.

karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval:

- a. overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde;
 - b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;
 - c. het nemen of afstoten van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa volgens de balans met toelichting of, indien de vennootschap een geconsolideerde balans opstelt, volgens de geconsolideerde balans met toelichting volgens de laatste vastgestelde jaarrekening van de vennootschap, door haar of een dochtermaatschappij.
2. Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Dit artikel is volgens de wetgever ook bruikbaar buiten de structuurregeling en is daarom op alle naamloze vennootschappen, dus niet op alleen op structuur-naamloze vennootschappen, van toepassing.⁶

Oorspronkelijk was ook voorgesteld een vergelijkbare wetsbepaling voor de BV op te nemen (art. 2:217a BW), maar deze is later geschrapt met de volgende overweging:⁷

“Het wetsvoorstel maakte ten aanzien van het goedkeuringsrecht geen onderscheid tussen naamloze en besloten vennootschappen. VNO-NCW heeft in zijn commentaar op het wetsvoorstel aangegeven het invoeren van een verplicht goedkeuringsrecht bij besloten vennootschappen niet passend te vinden. In besloten vennootschappen is er geen reden om een goedkeuringsrecht wettelijk voor te schrijven omdat de aandeelhouders doorgaans dicht bij het management van de onderneming betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden, als dus VNO-NCW. Toevoeging van een goedkeuringsrecht voor besloten vennootschappen zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets toevoegen.

Deze argumenten overtuigen. Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Daarvoor is een wettelijk goedkeuringsrecht niet nodig.

Van een behoefte op dit punt aan een wettelijke regeling is in de praktijk ook niet gebleken. Artikel 2:217a BW is daarom geschrapt. Dit is verwerkt in de nota van wijziging.”

De aangevoerde en door de wetgever overgenomen argumenten om het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering niet van toepassing te laten zijn voor BV's, overtuigen mij niet. Bovendien zijn deze argumenten door de praktijk reeds achterhaald zoals blijkt uit de zaak die ten grondslag lag aan de hierna in paragraaf 5 te behandelen uitspraak van Rechtbank Almelo.

Aanvankelijk was volstaan met een opsomming in art. 2:107a BW van rechtshandelingen waarvoor goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders was vereist. Later is dit artikel geherformuleerd, waarbij als criterium voor goedkeuring is gaan gelden

“dat het besluit van het bestuur zal leiden tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. Om rechtsonzekerheid te beperken, wordt vervolgens een drietal gevallen benoemd waarbij zeker sprake is van zo'n identiteitsverandering. Deze besluiten moeten steeds worden voorgelegd. Desgewenst kan de vennootschap in haar statuten andere gevallen opnemen waarbij de goedkeuring van de algemene vergadering zal worden gevraagd. Te denken valt aan het besluit beschreven in de concept-code van de commissie-Tabaksblat. Dit criterium leent zich niet goed voor opname in artikel 107a, omdat het slechts bruikbaar is voor beursvennootschappen”.⁸

2. Gevolgen ontbreken goedkeuring (lid 2 art. 2:107a BW)

Lid 2 van art. 2:107a BW bepaalt dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering op een besluit bedoeld in het eerste lid, de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aantast.

Hierover schrijft de wetgever:

“Lid 2 komt overeen met lid 2 van artikel 2:164/275 BW, hetgeen betekent dat derden worden beschermd tegen het ontbreken van goedkeuring. Het uitvoeren van een besluit zonder de wettelijk vereiste goedkeuring kan leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de

6. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 179, nr. 3, blz. 10 en 11 en nr. 51, blz. 1.
 7. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 179, nr. 3, blz. 10 en 11 en nr. 51, blz. 1.
 8. *Kamerstukken II 2003/04*, 28 179, nr. 5, blz. 4 en 5. Met “het besluit beschreven in de concept-code van de commissie-Tabaksblat” wordt waarschijnlijk bedoeld de vaststellingsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van het bezoldigingsbeleid en ten aanzien van de bezoldiging van commissarissen en het goedkeuringsrecht ten aanzien van aandelen- en optieplannen voor bestuurders (Principe bij II.2 van de thans definitieve Nederlandse corporate governance code van de commissie corporate governance (commissie Tabaksblat) van 9 december 2003).

vennootschap op basis van artikel 2:9 BW. Dat wordt ook aangenomen voor artikel 2:164/274 BW⁹;

en

“het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering raakt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet (artikel 2:107a lid 2). Ook wanneer bestuurders het goedkeuringsrecht negeren, is de betreffende rechtshandeling van het bestuur rechtsgeldig. De vennootschap kan zich in zoverre tegenover derden niet beroepen op schending van het goedkeuringsrecht door bestuurders. Dat is een intern vennootschappelijke kwestie. Wanneer echter in rechte komt vast te staan dat met betrekking tot een derde een transactie is aangegaan met de vennootschap terwijl hij weet dat het bestuur geen goedkeuring heeft verkregen, is een zekere externe werking niet bij voorbaat uit te sluiten. Het ontbreken van de goedkeuring zou in een onrechtmatige daad procedure kunnen worden tegengeworpen aan de wederpartij. Denk daarvoor aan het geval dat de vennootschap een procedure start tegen – onder meer – de derde nadat de transactie is afgerond en daarbij aanvoert dat de vennootschap door de transactie is geschaad. Hoewel de derde niet verantwoordelijk is voor het feit dat in de intern vennootschappelijke verhouding fouten zijn gemaakt, zou de rechter het profijt <<te kwader trouw>> onrechtmatig kunnen achten, en gedeeltelijke schade-loosstelling van de vennootschap kunnen toewijzen.”¹⁰

Zoals hiervoor aangegeven maakt de minister een vergelijking met art. 2:164/275 BW waar het gaat om het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders voor ingrijpende bestuursbesluiten als bedoeld in art. 2:107a BW. Naar mijn mening gaat de vergelijking met art. 2:164/275 BW niet op en is het bepaalde in art. 2:107a lid 2 BW niet in overeenstemming met het systeem van de wet en de hierna te behandelen jurisprudentie van de Hoge Raad. Dit standpunt zal in de volgende paragraaf worden onderbouwd.

3. Vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur

In lid 3 van art. 2:130/240 BW wordt bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of een bestuurder, onbepikt en onvoorwaardelijk is, *voor zover uit de wet niet anders voortvloeit*. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de betekenis van de laatste zinsnede.¹¹ Westbroek¹² en Macijer¹³ nemen enerzijds, met een beroep op art. 9 lid 1 eerste alinea van de eerste EEG-richtlijn, het standpunt in dat alleen indien de wet zelf dwingendrechtelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid beperkt of afhankelijk maakt van een te vervullen voorwaarde, deze beperking of voorwaarde ook extern werkt. Bij niet naleven daarvan kan de vennootschap op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid een beroep doen:

lid 3 van art. 2:130/240 BW. Een voorbeeld van een dergelijke dwingendrechtelijke beperking c.q. voorwaarde is te vinden in art. 2:98 lid 4 BW (machtiging tot inkoop bij de NV). De wet geeft in sommige gevallen zelf duidelijk aan of bij overschrijding van beperkingen als bedoeld de “externe” vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt aangetast of niet. Lid 2 van art. 2:164/274 BW wordt als voorbeeld genoemd: het ontbreken van (de dwingendrechtelijk voorgeschreven) goedkeuring van de raad van commissarissen met betrekking tot een besluit als bedoeld in lid 1, tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aan.

Gepken-Jager¹⁴ maakt in dit verband onderscheid tussen dwingende wettelijke beperkingen of voorwaarden enerzijds en niet dwingende wettelijke beperkingen of voorwaarden anderzijds. Onder de categorie van dwingendrechtelijke beperkingen vallen behalve de hiervoor genoemde wetsartikelen ook art. 2:94c/204c BW (Nachgründung). Niet dwingende wettelijke beperkingen of voorwaarden zijn onder andere de artt. 2:94/204 lid 2 BW (bezwarende overeenkomsten), 2:96/206 BW (emissie), 2:207 lid 2 sub d BW (inkoop eigen aandelen BV), 2:136/246 BW (aangifte faillietverklaring) en 2:146/256 BW (tegenstrijdig belang).¹⁵

De discussie spitst zich vooral toe op de niet dwingende wettelijke beperkingen en met name de emissie. Zo wordt anderzijds door Van der Grinten¹⁶ en Van Schilfgaarde¹⁷ het standpunt ingenomen dat wanneer het gaat om rechtshandelingen als bedoeld in lid 2 van art. 2:94/204 BW (bezwarende overeenkomsten) en art. 2:96/206 BW (emissie), door de wettelijke beperkingen van aanvullend recht (door de statuten of door de opdracht of delegatie van de algemene vergadering kunnen de beperkingen worden opgeheven) van de bevoegdheid van het bestuur om zulke handelingen te stellen, ook de externe vertegen-

9. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 3, blz. 20.

10. *Kamerstukken I* 2003/04, 28 179, B, blz. 10.

11. Zie hierover ook H.J. de Kluijver en C.A. Schwarz, “Vertegenwoordiging van rechtspersonen en de betekenis van wettelijke bevoegdheidsbeperkingen (I)”, *TVVS* 1993, nr. 93/4, blz. 85-90, idem, (II), *TVVS* 1993, nr./5, blz. 116-121 en E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2000, blz. 281 e.v.

12. W. Westbroek, “Uit de wet voortvloeiende beperkingen”, in: *Tot vermaak van Slagter, feestbundel aangeboden aan Prof. mr. W.J. Slagter, ter gelegenheid van zijn 65^e verjaardag* (Slagter-bundel), Deventer: Kluwer 1988, blz. 381-389.

13. Asser-Macijer 2-III, nr. 294.

14. E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2000, blz. 277-279.

15. E.E.G. Gepken-Jager, a.w., blz. 279-281.

16. W.C.L. van der Grinten, *mr E.J.J. van der Heijden. Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 235.1.

17. P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, *van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 56, waar deze ook schrijft dat het beroep van Macijer op de eerste richtlijn niet sterk is. In laatste zin tevens T.J. van der Ploeg, “De koppeling tussen de eerste Richtlijn en het Nederlandse recht betreffende de vertegenwoordiging van rechtspersonen”, *WPNR* (2001) 6470, blz. 1051 en 1052. Zie uitgebreid over art. 9 eerste EEG-richtlijn E.E.G. Gepken-Jager, a.w., Hoofdstuk 2, blz. 37-70 en over de uitvoering daarvan in Nederland, Hoofdstuk 7, blz. 257-313.

woordigingsbevoegdheid wordt beperkt: omdat zulke beperkingen of voorwaarden eveneens uit de wet voortvloeien. In deze visie is van toepassing art. 2:16 lid 2 BW: is het besluit... een vereiste voor geldigheid van zulk een rechtshandeling, dan kan de nietigheid of vernietiging van het besluit niet aan de wederpartij worden tegengeworpen indien deze het gebrek dat aan het besluit kleefde, kende noch behoefde te kennen.

Het laatstgenoemde standpunt met betrekking tot de wettelijke, extern werkende, beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur is ook door de Hoge Raad ingenomen in het Janssen Pers-arrest¹⁸ waarin het aan de door de bestuurder van de vennootschap getekende emissie-akte ten grondslag liggende emissiebesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en het daarmee samenhangende besluit tot statutenwijziging kort tevoren waren ingetrokken. Volgens de Hoge Raad staat het intrekkingbesluit in de weg aan de geldigheid van de uitvoeringshandelingen “ook indien de beoogde verkrijgers van de aandelen en/of degenen die de vennootschap bij die rechtshandelingen vertegenwoordigen, nog niet van het intrekkingbesluit op de hoogte zijn”.¹⁹ Een gelijk standpunt heeft de Hoge Raad ingenomen in het Mediasafe II-arrest²⁰ waarin derdenwerking wordt toegekend aan de wettelijke en statutaire beperking en voorwaarde van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders in geval van tegenstrijdig belang (art. 2:146/256 BW). Deze voorwaarden en beperkingen worden volgens de Hoge Raad niet door art. 9 van de eerste EEG-richtlijn bestreken.

De richtlijn wil volgens T.J. van der Ploeg, t.a.p., geen inbreuk maken op wettelijke regelingen van de lidstaten betreffende de bevoegdheid tot besluiten en vertegenwoordiging in specifieke gevallen. Deze specifieke wettelijke regelingen zijn onder andere die betreffende het tegenstrijdig belang (art. 2:146/256 BW (Mediasafe-arrest)), emissie van aandelen (art. 2:96/206 BW (Janssen Pers-arrest)), benoeming en ontslag van bestuurders (art. 2:134/244 BW), het vaststellen van het salaris van de bestuurders (art. 2:135/245 BW) en het aanwijzen van een accountant (art. 2:393 BW). De wetgever geeft ten aanzien van deze onderwerpen aan, hetzij dat niet het bestuur maar een ander orgaan bevoegd is, hetzij dat de statuten van een rechtspersoon hier bepalend zijn, waarnaast de wet alleen regelend recht geeft. Door deze bijzondere bepalingen onttrekt de wetgever deze aan het terrein van de normale bestuursbevoegdheden. Dan worden de “interne” belangen van meer gewicht geacht dan die van de buitenwacht, aldus Van der Ploeg, t.a.p.

Is onbevoegd opgetreden dan kan de derde de rechtspersoon gebonden houden als er sprake is van door deze opgewekte schijn (art. 3:61 lid 2 BW). Bij onbevoegde vertegenwoordiging kan de derde echter ook de rechtshandeling wegens gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid als ongeldig beschouwen, tenzij hij op het moment dat de rechtshandeling werd verricht, begreep of

moet begrijpen dat de vertegenwoordiger niet bevoegd was (laatste zinsdeel art. 3:69 lid 3 BW). Indien echter een op grond van wet of statuten voor geldige vertegenwoordiging noodzakelijk besluit nietig is of vernietigd wordt, wordt de derde weer beschermd indien hij ten aanzien van het gebrek aan het besluit te goeder trouw is (art. 2:16 lid 2 BW). Alsdan is de rechtspersoon toch gebonden. Bij de benoeming van bestuurders en commissarissen is daarop ter wille van het belang van de rechtspersoon een uitzondering gemaakt. Dan kan altijd een beroep worden gedaan op een gebrek in de besluitvorming (inclusief de afwezigheid van een besluit).

4. Goedkeuring ingrijpende bestuursbesluiten; wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid

Tot de in het slot van de vorige paragraaf genoemde categorie van wettelijke regelingen betreffende de bevoegdheid tot besluiten en vertegenwoordiging in specifieke gevallen, ten aanzien waarvan de wetgever aangeeft dat niet het bestuur maar een ander orgaan bevoegd is, behoort mijn mening niet art. 2:164/274 BW. Immers de in lid 1 van dit artikel genoemde besluiten behoren tot de bevoegdheid van het bestuur. Het past daarom in het systeem van de wet dat in lid 2 van dit artikel wordt bepaald dat het ontbreken van de goedkeuring van de raad van commissarissen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aantast.

Dit is anders voor de in art. 2:107a lid 1 BW bedoelde besluiten. Deze behoren naar mijn mening wel tot de categorie van wettelijke regelingen betreffende de bevoegdheid van organen. Dat ook de wetgever deze mening is toegedaan blijkt uit onderstaande citaten uit de parlementaire geschiedenis die betrekking hebben op art. 2:107a BW:

“Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daartoe behoort het nemen van besluiten omtrent investeringen en desinvesteringen en samenwerking met andere ondernemingen. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft onder meer de bevoegdheid om te besluiten over de structuur van de vennootschap. Men denke aan de regels over fusie, splitsing, omzetting en ontbin-

18. HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 395.

19. Daaraan voegde de Hoge Raad toe: “In het midden kan blijven welke rechtsgevolgen een dergelijke gang van zaken heeft in de verhouding tussen de vennootschap en de beoogde verkrijgers.” Verdedigd wordt wel dat het aannemelijk voorkomt dat ook in geval van intrekking van het emissiebesluit art. 2:16 lid 2 BW van toepassing is. De derde is in een dergelijk geval eveneens afgegaan op de door de vennootschap opgewekte schijn van een geldig emissiebesluit. E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2000, blz. 287, en de aldaar in noot 83 genoemde schrijvers (J.N. Schutte-Veenstra en L. Timmerman).

20. HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 m.nt. Ma.

ding. Daar komt straks bij de beslissing over zetelverplaatsing van een Europese vennootschap, welke regeling de omzetting van de ene nationale rechtsvorm in de andere ten gevolge heeft. De wet geeft niet altijd met zoveel woorden aan of een bevoegdheid toekomt aan het bestuur dan wel aan de algemene vergadering. In de literatuur bestaat al geruime tijd een discussie over de vraag of de algemene vergadering geraadpleegd moet worden over besluiten die zo ingrijpend zijn dat gezegd kan worden dat zij de aard van het aandeelhouderschap doen wijzigen. In het algemeen wordt aangenomen dat een rol voor de algemene vergadering is weggelegd bij besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of op de beschikking over delen van de met de vennootschap verbonden onderneming.”²¹

De SER noemde een lijst met besluiten die deels overeenkwamen met de bestuursbesluiten waarvoor goedkeuring van de raad van commissarissen vereist is krachtens art. 2:164/274 lid 1 sub d, e en f BW. Hierover meent de wetgever:

“De rol van de algemene vergadering is een andere. De commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt dat het niet past indien de algemene vergadering het investeringsbeleid gaat bepalen. Daarbij sluiten wij ons aan. De aandeelhouder behoort te worden geraadpleegd als het door de raad van commissarissen goedgekeurde besluit zo ingrijpend is dat gezegd kan worden dat het de aard van het aandeelhouderschap wijzigt: hij gaat als het ware kapitaal verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap.”²²

Hiermee geeft de wetgever aan dat het in art. 2:107a BW gaat om een andere kwestie dan de goedkeuring van bestuursbesluiten krachtens art. 2:164/274 BW. De in laatstgenoemd artikel genoemde besluiten behoren immers tot de taak van het bestuur. Het bestuur is bevoegd deze besluiten te nemen. Deze besluiten vonden evenwel zo belangrijk, dat hiervoor de goedkeuring van de volgens de structuurregeling benoemde raad van commissarissen vereist is.

De wetgever vervolgt met:

“Het besturen van een vennootschap is de taak van het bestuur. Het besturen houdt in het beschikken over vennootschappelijke middelen alsmede het bepalen van de activiteiten van de vennootschap. Tot de bevoegdheid van het bestuur worden niet gerekend besluiten die wezenlijk betrekking hebben tot de structuur van de vennootschap of de beschikking over de met de vennootschap verbonden onderneming betreffen. In dat geval wordt in feite beschikt over de vennootschap;”²³

“Een dergelijk besluit is zodanig ingrijpend voor de structuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dat de handeling niet meer tot de bestuursbevoegdheid kan worden gerekend.”²⁴

Omdat, zoals ook de wetgever meent, zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 2:107a BW, de in lid 1 van art. 2:107a BW bedoelde besluiten behoren tot de categorie van wettelijke regelingen die de bevoegdheid van organen regelen, levert het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering een beperking op van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur als bedoeld in lid 3 van art. 2:130/240 BW, met daarbij de bescherming van de derde te goeder trouw op grond van art. 2:16 lid 2 BW. In het systeem de wet past het derhalve niet om in lid 2 van art. 2:107a BW te bepalen dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aantast. Toegegeven moet worden dat de wetgever hiermee wel duidelijkheid en rechtszekerheid schept met betrekking tot de door haar gewenste gevolgen van het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering voor bedoelde bestuursbesluiten. Een regeling die past in het systeem van de wet en de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft echter mijn voorkeur.

Een ander punt van kritiek is dat, zoals hiervoor aangegeven, een dienovereenkomstige regeling voor de BV ontbreekt. De wetgever heeft deze geschrappt om mij niet overtuigende redenen. Voor de BV geldt dan niet de wet, maar wel de heersende mening in de literatuur welke mening de wetgever in lid 1 van art. 2:107a BW heeft gecodificeerd voor de NV, namelijk dat het bestuur niet zonder de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is de besluiten te nemen die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of op de beschikking over (een zeer wezenlijk deel van) haar onderneming (zie paragraaf 1). Over de gevolgen van het ontbreken van deze goedkeuring voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur, vervallen wij, wegens het ontbreken van een specifieke bepaling in de wet hieromtrent voor de BV, weer in de in de vorige paragraaf weergegeven polemiek tussen Westboek en Maeijer enerzijds en Van der Grinten, Van Schilfgaarde en de Hoge Raad (Janssen Pers- en Mediasafe II-arrest) anderzijds. Het lijkt mij ongewenst dat tussen de NV en BV verschil bestaat waar het betreft dezelfde juridische problematiek, zonder dat hiervoor overtuigende argumenten gelden. Als het standpunt van Van der Grinten, Van Schilfgaarde en de Hoge Raad als leidend moet worden beschouwd betekent dit dat voor de BV de goedkeuring

21. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 3, blz. 18.

22. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 3, blz. 19.

23. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 5, blz. 20.

24. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 5, blz. 22.

van de algemene vergadering met betrekking tot transacties van het bestuur die overeenkomen met de rechtshandelingen als bedoeld in lid 1 van art. 2:107a BW, een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur oplevert als bedoeld in lid 3 van art. 2:130/240 BW en derhalve extern werkt. Dit standpunt wordt bevestigd door de Rechtbank Almelo.²⁵ In het licht van een echtscheiding tussen de twee 50% aandeelhouders van een holding werd door de man (enig bestuurder van holding) het gehele vermogen van de holding bestaande uit aandelen in haar enige twee dochter-BV's, verkocht aan zichzelf welke aandelen hij vervolgens certificeerde. De rechtbank oordeelde dat deze transacties zonder dat daaraan een geldig besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders ten grondslag lag, van rechtswege nietig zijn. Het zal duidelijk zijn dat hier geen sprake was van een derde te goeder trouw die beschermd kon genieten op grond van art. 2:16 lid 2 BW.

5. Slot

Zoals de wetgever in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 2:107a BW zelf ook aangeeft, regelt lid 1 van art. 2:107a BW een afbakening van bevoegdheden van organen: niet zonder goedkeuring van de algemene vergadering is het bestuur bevoegd tot de in deze bepaling genoemde voor de vennootschap en haar onderneming ingrijpende rechtshandelingen. Het past in het systeem van de wet en in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad, om aan te nemen dat het hier gaat om een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur (lid 3 van art. 2:130/240 BW). Hiermee is niet in overeenstemming lid 2 van art. 2:107a BW waarin wordt bepaald dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aantast. Een vergelijking met lid 2 van art. 2:164/275 BW (goedkeuring bestuursbesluiten door een structuurraad van commissarissen) gaat niet op. Laatstgenoemd artikel regelt niet een afbakening van bevoegdheden van organen; de in lid 1 van dat artikel genoemde besluiten behoren naar hun aard tot de taak en bevoegdheid van het bestuur. Het past daarom in het systeem van de wet om ten aanzien hiervan wel te bepalen dat het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aantast, zoals lid 2 van laatstgenoemd artikel ook doet.

Een ander punt van kritiek op lid 2 van art. 2:107a BW is, dat het in lid 1 van dit artikel gaat om voor de vennootschap of haar onderneming zeer ingrijpende besluiten, zoals de overdracht van de gehele onderneming. Het mag en kan toch niet zo zijn dat bij het ontbreken van de hiervoor genoemde vereiste goedkeuring van de algemene vergadering de vennootschap door een derde met wie een bestuurder een dergelijke ingrijpende transactie is aangegaan, hieraan gehouden wordt, simpelweg omdat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene verga-

dering de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aantast! Ook vanwege de grote gevolgen die de in lid 1 van art. 2:107a BW genoemde rechtshandelingen voor de vennootschap en haar onderneming hebben, dient de hiervoor vereiste goedkeuring van de algemene vergadering als een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur aangemerkt te worden.

Zoals hiervoor aangegeven, wordt in dit systeem, de wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de derde te goeder trouw beschermd op grond van art. 2:16 lid 2 BW. Vooral voor de onder letter a van lid vermelde transacties, waar het betref de overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde, zal niet snel sprake zijn van een derde te goeder trouw. Dit zal in mindere mate gelden voor de rechtshandelingen genoemd in letters b en c van lid 1. Aan het systeem van de wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan tegengeworpen worden dat hiermede de rechtszekerheid minder is gediend dan het systeem in lid 2 van de voorgestelde wettelijke regeling. Dit doet echter niet af aan mijn standpunt, namelijk dat de bepaling in lid 2 van art. 2:107a BW niet in overeenstemming is met het systeem van de wet.

Ten slotte geldt kritiek op het schrappen van een met art. 2:107a BW gelijke regeling voor de BV. Het hiervoor aangevoerde en door de wetgever overgenomen argument, inhoudend dat aandeelhouders in besloten verhoudingen hun positie kunnen verzekeren, overtuigt mij niet en wordt reeds weerlegd door de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van Rechtbank Almelo van 22 oktober 2003 (zie paragraaf 4). Daarin werden de transacties zonder dat daaraan een geldig besluit van de algemene vergadering ten grondslag ligt, nietig verklaard. Van een derde te goeder trouw was daarbij geen sprake. Door invoering van lid 2 van art. 2:107a BW ontstaat derhalve een niet overtuigend beargumenteerd en naar mijn mening onterecht verschil tussen de NV en de BV wat betreft de rechtsgevolgen van het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering voor ingrijpende bestuursbesluiten.

25. Rechtbank. Almelo 22 oktober 2003, *JOR* 2003, 279.