

³⁰ De raadgevende stem van bestuurders en commissarissen

In artikel 2:227 lid 4 BW is voor de BV (in artikel 2:117 lid 4 BW voor de NV) bepaald dat de bestuurders en de commissarissen als zodanig een raadgevende stem hebben in de algemene vergadering. Alvorens in te gaan op de betekenis van deze bepaling in het algemeen voor de notariële praktijk, zal eerst behandeld worden de aanleiding van deze bijdrage, te weten het vonnis van de president van de Rechtbank Amsterdam van 20 juni 1996.

De casus is als volgt. Statutair directeur Jongbloed wordt als zodanig ontslagen bij besluit van de algemene vergadering van Van Duijnen Automaten BV van 29 januari 1996, dat wordt bekrachtigd bij besluit van 7 februari 1996. Jongbloed is ter zake van beide besluiten niet geraadpleegd, zoals is voorgeschreven in artikel 2:227 lid 4 BW.

De president geeft als ratio van deze bepaling het feit dat de bestuurders in de gelegenheid dienen te worden gesteld van hun visie te doen blijken, zodat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden. Een dergelijke raadpleging geschiedt in het belang van de vennootschap. Bovendien, zo vervolgt de president, betreft het voorschrift van artikel 2:227 lid 4 BW een dwingend voorgeschreven bepaling, welke bepaling eerst buiten toepassing kan worden verklaard, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat de statuten de mogelijkheid bieden ook buiten de algemene vergadering van aandeelhouders om (correkter is het om te zeggen: 'buiten vergadering' (WB)) besluiten te nemen doet aan het voorgaande niet af. Ook in dat geval is artikel 2:227 lid 4 BW van toepassing. Dat deze bepaling slechts van toepassing is bij vennootschappen met meerdere aandeelhouders volgt niet uit de tekst van de bepaling en vindt ook overigens geen steun in het recht.

Omdat volgens de president uit het voorgaande volgt dat het voorshands voldoende aannemelijk is dat door de bodemrechter de door Van Duijnen genomen ontslagbesluiten in de bodemprocedure worden vernietigd, worden de door Jongbloed gevraagde voorzieningen toegewezen.

Dit vonnis belicht vooral twee aspecten: enerzijds het ontslag van de statutair directeur en anderzijds de raadgevende stem van de bestuurder als bedoeld in artikel 2:227 lid 4 BW.

Over het ontslag van bestuurders van vennootschappen schrijft Van der Ploeg in TVVS 1996 op blz. 282 dat het niet in acht nemen van het adviesrecht van de bestuurder ex artikel 2:227 lid 4 BW het ontslagbesluit nietig doet zijn wegens strijd met de wet (het is vernietigbaar (WB)).

In het onderhavige geval is volgens de president het adviesrecht van de bestuurder geschonden, omdat het adviesrecht ook geldt voor besluiten van de algemene vergadering die buiten vergadering worden genomen, artikel 2:238 BW. Dit is in overeenstemming met eerdere jurisprudentie; zie onder andere HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 met noot Maeijer inzake Janssen Pers; JBN 1995, nr 73.

Over het adviesrecht van bestuurders en commissarissen bij een besluit buiten vergadering schrijft Dortmund in NV 1996 blz. 29 dat hij zou willen volhouden dat bestuurders en commissarissen bij een besluit buiten vergadering niet betrokken behoeven te worden, althans dat artikel 2:227 lid 4 BW daartoe niet verplicht.

Gezien de consequenties die de rechtspraak verbindt aan het negeren van het adviesrecht van bestuurders en commissarissen (vernietigbaar besluit) zowel bij besluiten genomen in (notulen) als bij besluiten genomen buiten vergadering (aandeelhoudersbesluiten), lijkt het mij raadzaam hieraan wel te voldoen.

In de jurisprudentie is het negeren van bedoeld adviesrecht alleen aan de orde gekomen bij besluiten tot (onvrijwillig) ontslag van een bestuurder. Het is evident dat in zo'n situatie op het ontbreken van het adviesrecht een beroep wordt gedaan door de desbetreffende bestuurder. Het adviesrecht van bestuurders en commissarissen wordt in artikel 2:227 lid 4 BW evenwel niet beperkt tot dit soort besluiten. Het adviesrecht geldt voor alle besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders, dus ook voor bijvoorbeeld besluiten tot statutenwijziging, uitgifte van aandelen en goedkeuring van de levering van aandelen.

Volgens A-G Mok in zijn conclusie bij het hierboven genoemde Janssen Pers-arrest, moet vaststaan dat de bestuurders (en commissarissen) zijn geïnformeerd. Dit is iets waarop de notaris moet letten wanneer hij te maken krijgt met een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van een vennootschap waarvan de directeur een ander is dan de (enig) aandeelhouder(s). Een uitbreiding van de onderzoeksplicht van de notaris derhalve.

Pres. Rb. Amsterdam 20 juni 1996, KG 1997, 5