



Aandeelhoudersovereenkomst in strijd met dwingend recht (Hof Amsterdam 13 januari 2015 (Kekk/Delfino))

1. Inleiding; hoe dwingend is dwingend recht?

Volgens art. 2:25 BW kan van de in Boek 2 vervatte regels van dwingend recht in statuten slechts worden afgeweken “voor zover dat uit de wet blijkt”. Volgens de op jurisprudentie gebaseerde literatuur strekt het uit art. 2:25 BW voortvloeiend dwingend recht er niet toe om de contractsvrijheid te beperken.¹ Met andere woorden: indien de wet bepaalt dat iets niet in de statuten geregeld kan worden, betekent dit nog niet dat dit niet bij (aandeelhouders)-overeenkomst zou kunnen.

Hoe moet de verhouding tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomst worden gezien? Een statutaire regeling staat niet per definitie boven een daarvan afwijkende contractuele regeling.² Statutaire en contractuele regelingen kunnen naast elkaar bestaan. Of de statutaire regeling prevaleert boven de contractuele, kan blijken uit de bedoeling van partijen. Indien blijkt dat partijen met de statutaire regeling hebben beoogd de eerder gemaakte contractuele regeling terzijde te stellen, prevaleert de statutaire regeling. Indien dit niet kan worden vastgesteld, moet in beginsel ook de contractuele regeling worden nageleefd.³

Dit betekent niet dat uit het rechtspersonenrecht geen nietigheid of vernietigbaarheid van (aandeelhouders)overeenkomsten kan voortvloeien. Voor de vraag of in een overeenkomst van dwingend vennootschapsrecht kan worden afgeweken geldt als toetssteen art. 3:40 BW. Dit bepaalt dat een rechtshandeling nietig is als deze door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.⁴ Ook bij strijd met een “dwingende wetsbepaling” is het gevolg nietigheid zij het wel met twee, belangrijke, beperkingen. De eerste beperking is dat slechts sprake is van nietigheid als de wetsbepaling de “strekking” heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. De tweede beperking is dat een wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij

een rechtshandeling slechts leidt tot vernietigbaarheid (tenzij uit de strekking van de betreffende wettelijke bepaling toch nietigheid voortvloeit). Is sprake van vernietigbaarheid dan kan de bescherm-

1. W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten, Stand van zaken en blik vooruit*, (ZIFO-reeks, deel 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 16. Hij verwijst daarbij o.a. naar Hof Den Haag 7 augustus 2008 *JOR* 2008/262 m.nt. Stokkermans: ‘Het hof onderschrijft het standpunt van Ramsley c.s. dat artikel 2:195a lid 3 BW een regel van dwingend recht geeft, met dien verstande dat die regel alleen het vaststellen van statuten verbiedt die inhouden dat een aandeelhouder bij gedwongen uitkoop voor zijn aandelen een prijs van minder dan de werkelijke waarde ontvangt. Over overeenkomsten die zo’n regeling bevatten is in artikel 2:195a BW niets bepaald. (...) Niet goed valt in te zien waarom het beginsel van de contractsvrijheid hier zou moeten terugtreden.’ Zie ook W.J.M. van Veen, t.a.p., noot 35.
2. Van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 31 onder verwijzing naar Pres. Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000, 25 (VenV) en OK 20 mei 1999, *NJ* 2000, 199 (Versatel).
3. In aandeelhoudersovereenkomsten wordt wel opgenomen dat bij strijd tussen de overeenkomst en de statuten, de contractuele regeling prevaleert. Vanuit juridisch oogpunt ziet Van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 31, hiertegen geen bezwaren. Anders J.M. Blanco Fernández, ‘Rechtmatigheidsgrenzen van stemovereenkomsten’, *WPNR* (2005) 6626, p. 518 e.v. die als regel er van uit gaat dat statuten boven de overeenkomst gaan en dat deze bepaling in beginsel zonder rechtskracht is. Hiermee is echter niet gezegd dat de statutaire regeling door de contractuele regeling terzijde kan worden gesteld, zo vervolgt Van Veen. Zie over doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschapsrechtelijke verhoudingen hierna noot 10.
4. Heersende opvatting is dat afwijkingen van dwingend vennootschapsrecht met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling en de interne inrichting in beginsel alleen in de statuten mogen worden neergelegd. Zie hierover o.a. W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 17. Dit wordt wel de ‘openbaarheidsfunctie’ van dwingend vennootschapsrecht genoemd. Het gaat in de heersende opvatting om kenbaarheid door vastlegging van de desbetreffende regeling in een openbaar toegankelijk document, te weten de statuten. Zie hierover, kritisch, R.G.J. Nowak, ‘Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken’, *WPNR* (2014) 7014, p. 345. Waar in de wet staat dat bevoegdheidsverdeling en interne inrichting ook *krachtens* de statuten kunnen worden vastgesteld, dus in een besluit van een orgaan of in een reglement, betekent dit volgens Nowak, t.a.p. p. 346, niet per definitie dat dit niet in een contractuele regeling kan worden opgenomen. In statuten zou daarnaar verwezen (moeten/) kunnen worden.

de partij overigens afzien van zijn recht op vernietiging door bevestiging van de rechtshandeling op basis van art. 3:55 BW.⁵ Met andere woorden: als een dwingendrechtelijke bevoegdheid uitsluitend ter bescherming van de aandeelhouders aan hen is gegeven, kunnen zij van de uitoefening van die bevoegdheid afzien.⁶ Zo is volgens Nowak, t.a.p., p. 347, afwijking van dwingendrechtelijke besluitvormingseisen die de wetgever ter bescherming van de aandeelhouders heeft opgenomen, zoals bijvoorbeeld de maximering van gekwalificeerde meerderheden bij doorbreking van een bindende voordracht en bij ontslag van bestuurders en commissarissen, in een overeenkomst of bij statuten principieel geoorloofd. Al eerder schreef Van Veen over het opnemen in een overeenkomst van een grotere meerderheid of zelfs de instemming van de aandeelhouder voor het ontslag of de schorsing van bestuurders:

“Dit staat er niet aan in de weg dat de gemaakte afspraken op zichzelf geldig zijn en het handelen in strijd met de overeenkomst kwalificeert als wanprestatie.”⁷

2. Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014 (Kekk/Delfino)

Aanvankelijk volgde de voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam in diens uitspraak van 16 januari 2014 de lijn van Van Veen.⁸ In de desbetreffende BV hadden vier aandeelhouders ieder een aandelenbelang van 25% en waren drie daarvan, waaronder Kekk, tevens bestuurders van de vennootschap. In de statuten van de vennootschap was bepaald dat een besluit tot ontslag van een bestuurder in de algemene vergadering kan worden genomen met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, welke twee derden ten minste de helft van het geplaatste kapitaal dient te vertegenwoordigen. Dat is de maximale meerderheid welke volgens art. 2:244 lid 2 BW in statuten opgenomen kan worden. Art. 3.9 van de aandeelhoudersovereenkomst bepaalde dat een dergelijk besluit alleen met unanimiteit van stemmen kan worden genomen.

De overige drie aandeelhouders wilden Kekk als bestuurder ontslaan. Dit probeerde Kekk in kort geding te voorkomen met een beroep op de genoemde unanimiteitsbepaling in de aandeelhoudersovereenkomst.

Over de verhouding van de hiervoor genoemde wettelijke en de statutaire bepaling oordeelt de voorzieningenrechter, dat art. 2:244 lid 2 BW alleen meebrengt dat unanimiteit van stemmen van een ontslagbesluit niet in de statuten van een BV kan worden opgenomen, maar dat dit onverlet laat dat een dergelijke afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst kan worden opgenomen.⁹ Nakoming van een dergelijke afspraak kan worden gevorderd en werkt in de vennootschappelijke rechtsverhouding door op grond van art. 2:8 BW (redelijkheid en billijkheid).

Zo kan een besluit in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst onder omstandigheden vernietigbaar zijn op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW.¹⁰ In zoverre kan dus, daar waar het besluitvorming aangaat, ook de aandeelhoudersovereenkomst tot op zekere hoogte voor bestuurders en commissarissen bindend zijn. Voor zover het gaat om besluiten van het bestuur en de raad van commissarissen, is het voor de vorenbedoelde vernietigingsmogelijkheid een bepalende omstandigheid dat de vennootschap partij is van de aandeelhoudersovereenkomst of anderszins een gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij zich aan de aandeelhoudersovereenkomst onderwerpt.¹¹ Ondertekening van de aandeelhoudersovereenkomst door de vennootschap is in joint venture verhoudingen echter gangbare praktijk. Zo beschouwd is het onderscheid hier dus gradueel.¹² Een vernietigingsactie is overigens niet het enige vennootschapsrechtelijke rechtsmiddel. Uit jurisprudentie blijkt dat een enquêteverzoek zijn grond kan vinden in een schending van de aandeelhoudersovereenkomst.¹³

Bijzondere omstandigheden kunnen zich voordoen die ertoe kunnen leiden dat de onverkorte nakoming van een aandeelhoudersovereenkomst op grond van art. 2:8 BW niet van een aandeelhouder wordt verlangd. Dat zal zich kunnen voordoen als het belang van de vennootschap door onverkorte naleving van de aandeelhoudersovereenkomst, afgezet tegen het daarmee gediende aandeelhoudersbelang, in onaanvaardbare mate wordt geschaad. In de onderhavige zaak is van bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld, volgens de voorzieningenrechter niet gebleken.

5. Zie hierover H.J. de Kluiver en M. Meinema, ‘Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling’, *WPNR* (2002) 6503, p. 651 e.v.
6. Aldus R.G.J. Nowak, t.a.p. (noot 2), p. 345.
7. W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 22.
8. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157, m.nt. Nowak (Kekk/Delfino).
9. Zo ook de in noot 1 genoemde uitspraak van Hof Den Haag 7 augustus 2008 *JOR* 2008/262 m.nt. Stokkermans.
10. Zie Rechtbank Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 m.nt. Blanco Fernández (F.A.M. Holding/Vanka-Kawat).
11. Zie hierover ook J.M. Blanco Fernández in zijn noot bij de hierboven genoemde uitspraak van Rechtbank Den Haag (Vanka-Kawat), W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 32 e.v. en L. Timmerman, ‘Wie moeten er meedoen? Over vennootschappelijke doorwerking’, *WPNR* (2014) 7028.
12. Aldus E.G. Vorst, ‘Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist’, *WPNR* (2013) 6979.
13. OK 20 mei 1999, *JOR* 2000/72 m.nt. Blanco Fernández (Versatel), 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 m.nt. Blanco Fernández (Broadnet), OK 30 december 2008, *JOR* 2009/128 (S'Energien) en, meest recent, HR 4 april 2014 *JOR* 2014/290 m.nt. De Haan (hierover uitgebreid M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut’, *AA* 2014, p. 459-465), Zie hierover uitgebreid W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 1), p. 29 e.v.

3. Hof Amsterdam 13 januari 2015: Kekk/Delfino revisited

In hoger beroep oordeelde Hof Amsterdam 13 januari 2015 geheel anders.¹⁴ Volgens het hof dient de wettelijke regeling ertoe om ervoor te waken dat ontslag van een bestuurder te zeer wordt bemoeilijkt dan wel onmogelijk wordt gemaakt. *Deze regeling dient het belang van de vennootschap* (cursivering WB). In de statuten kan hier niet van worden afgeweken. De gedachte die uit de wettelijke regeling spreekt is dat het handhaven van een bestuurder tegen de wens van aandeelhouders in die tezamen meer dan twee derden van de uitgebrachte stemmen en meer dan de helft van het kapitaal vertegenwoordigen, *in het algemeen op gespannen voet zal komen te staan met het vennootschapsbelang* (cursivering WB) en dat deze situatie dient te worden voorkomen. Tegen deze achtergrond zal een vordering tot nakoming van een in een aandeelhoudersovereenkomst opgenomen bepaling als de onderhavige die ertoe strekt te beletten dat een bestuurder/aandeelhouder tegen zijn/haar wil kan worden ontslagen ook al wensen de overige aandeelhouders (die 75% van het kapitaal vertegenwoordigen) dit ontslag wel, *met het oog op het belang van de vennootschap al spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht* (cursivering WB). En dat is volgens het hof hier het geval.

4. Gevolgen

Als gevolg van dit arrest van Hof Amsterdam, noemt Nowak in zijn noot daarbij, het opnemen van een unanimitateis voor ontslag van bestuurders in een aandeelhoudersovereenkomst, zinloos. Art. 2:244 lid 2 BW strekt zijns inziens primair tot bescherming van die aandeelhouders die de versterkte meerderheid van dit wetsartikel op de been kunnen brengen. Maar dat ziet het hof toch echt anders. Nowak vraagt zich af of deze opvatting nog wel de heersende is. Het unanimitateisvereiste strekt ertoe iedere joint-venture partner die een bestuurder heeft geleverd, te beschermen tegen ontslag van zijn bestuurder door de anderen. Een soortgelijke afspraak wordt ook vaak ten aanzien van bindende voordrachten gemaakt. De principiële rechtsgeldigheid van deze afspraak is als volgens hem inmiddels aanvaard. Hij ziet niet in waarom dat voor een unanimitateis bij ontslag anders zou zijn.

Ik ben het eens met de uitspraak van het hof: aandeelhouders mogen hun eigen belangen behartigen door afspraken te maken over bijvoorbeeld unanimitateisen voor besluiten, maar daardoor mag het belang van de vennootschap niet worden geschaad. En daarvan was volgens het hof in het onderhavige geval sprake. Kenmerkend voor de onderhavige situatie was dat drie van de vier aandeelhouders (die elk 25% van de aandelen houden) ook statutair bestuurder van de vennootschap waren. Duurzame verstoring van de onderlinge verhoudingen binnen een dergelijk meerhoofd-

dig bestuur zal, los van de oorzaak daarvan, in het algemeen aan het goed functioneren van het bestuur in de weg staan en daarmee het belang van de vennootschap schaden.

In joint venture verhoudingen wordt vaak aan de notaris gevraagd om in de statuten een unanimitateis op te nemen voor alle besluiten van algemene vergadering. Zoals vermeld, laat de wet dit niet toe voor besluiten tot ontslag van bestuurders. Daarvoor zal dus in de statuten een uitzondering moeten worden gemaakt. Als dit niet gebeurt, is de statutaire bepaling nietig wegens strijd met de wet en is de vraag wat dan geldt voor een besluit tot ontslag van een bestuurder: gewone meerderheid of het wettelijk maximum van twee derden van de stemmen vertegenwoordigend de helft van het geplaatst kapitaal. Voor de zekerheid zal dan in de statuten opgenomen moeten worden dat indien de wet voor bepaalde besluiten een maximum voorschrijft, het wettelijk maximum voor deze besluiten geldt. Het zal in deze gevallen verstandig zijn om in de statuten de mogelijkheid van een tweede vergadering als bedoeld in art. 2:230 lid 3 BW uit te sluiten.

Kekk zou geholpen zijn met de sinds 1 oktober 2012 geldende wettelijke mogelijkheid dat iedere aandeelhouder zijn “eigen” bestuurder kan benoemen en ontslaan (art. 2:242 lid 1 BW en art. 2:244 lid 1 BW). Maar het is de vraag of dit bij niet functioneren van deze bestuurder voor de vennootschap wel zo gunstig is. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen kan op grond van de tweede zin van lid 1 van art. 2:244 BW in de statuten opgenomen worden dat deze “eigen” bestuurder ook door een ander orgaan, bijvoorbeeld de algemene vergadering, ontslagen wordt. Hiermee kan volgens de wetgever een onafhankelijk oordeel over het functioneren van de bestuurder worden bevorderd.¹⁵ Als ik het goed zie geldt voor het besluit van de algemene vergadering tot ontslag van de “eigen” bestuurder dan wel weer de maximale meerderheidseis als genoemd in art. 2:244 lid 2 BW.

Mr. W. Bosse*

14. Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69, m.nt. Nowak (Kekk/Delfino).

15. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 94.

* Notaris te Amsterdam.