

## **TOP 2015/270 Art. - Aandeelhoudersovereenkomst: van doorwerking en besluiten tot ontslag van een bestuurder**

### **Art. - Aandeelhoudersovereenkomst: van doorwerking en besluiten tot ontslag van een bestuurder**

06-04-2015

### **Aandeelhoudersovereenkomst: van doorwerking en besluiten tot ontslag van een bestuurder**

*De betekenis van de aandeelhoudersovereenkomst binnen het vennootschapsrecht staat de laatste tijd volop in de schijnwerpers. Dit is een gevolg van de keuze van de wetgever bij de invoering van de Flex-bv om aandeelhouders van een bv beduidend meer speelruimte te geven om hun onderlinge samenwerking vorm te geven.<sup>1</sup> In (recente) rechtspraak is aangenomen dat de rechter, bij de toetsing aan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW), betekenis toekent aan de (verbintenissenrechtelijke) afspraken die zijn vastgelegd in de aandeelhoudersovereenkomst.*

#### **1. Algemeen**

In de literatuur wordt de vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten wel aangeduid met de term ‘doorwerking’. Ik zal deze term ook aanhouden. Het effect van doorwerking is dat een schending van de aandeelhoudersovereenkomst niet alleen leidt tot wanprestatie, maar ook directe gevolgen kan hebben voor de vennootschappelijke orde. Zo kan een besluit van een orgaan van de rechtspersoon vernietigd worden op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW (strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW wordt geëist). Daarnaast meen ik dat ook sprake is van doorwerking indien – in een enquêteprocedure – een schending van de aandeelhoudersovereenkomst ten grondslag wordt gelegd aan het oordeel dat sprake is van gegronde reden(en) voor twijfel aan een juist beleid of, in de latere fase, wanbeleid.

Er zijn grenzen aan doorwerking. Daar waar nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst, gelet op het belang van de vennootschap, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt het vennootschapsbelang in de rechtspraak vooropgesteld. Er is dan sprake van een situatie waarin art. 2:8 lid 2 BW aan het vorderen van nakoming in de weg staat. Voor een specifiek geval dat belangrijk is voor de praktijk – namelijk dat in de aandeelhoudersovereenkomst een grotere meerderheid wordt voorgeschreven voor een besluit tot ontslag van een bestuurder dan de statuten op grond van de wet mogen voorschrijven – heeft het Hof Amsterdam recent een meer algemene overweging gewijd aan de grens aan doorwerking. Het hof overwoog in de Kekk/Delfino-zaak,<sup>2</sup> dat:

*‘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 [zal] moeten worden geacht’.*

Het hof liet overigens uitdrukkelijk in het midden de – door Delfino c.s. opgeworpen – vraag of de (bepaling uit de) aandeelhoudersovereenkomst die een grotere meerderheid voorschreef dan art. 2:244 lid 2 BW voor de statuten toelaat, nietig is.

Met de gevolgen van deze uitspraak zal de praktijkjurist rekening moeten houden, ook bij de – in geval van een voorgenomen ontslag in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst – te maken keuze voor de

voorzieningenrechter of de Ondernemingskamer. Hierbij dient bedacht te worden dat binnen joint venture verhoudingen in de aandeelhoudersovereenkomst aan een ontslag als bestuurder doorgaans tevens is gekoppeld dat de betreffende bestuurder de door hem gehouden aandelen verplicht moet aanbieden. Mede om die reden wordt dikwijls een *de facto* vetorecht toegekend aan een individuele aandeelhouder ten aanzien van een besluit tot zijn eigen ontslag.

In het vervolg van deze bijdrage zal ik achtereenvolgens kort de huidige stand van de doorwerkingsjurisprudentie toelichten en ingaan op de grenzen die de rechter aan doorwerking stelt. Vervolgens zal ik stilstaan bij de implicaties hiervan voor een in de praktijk belangrijk onderwerp, namelijk het (voorgenomen) ontslag van een statutair bestuurder in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst.

## 2. Doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten: stand van zaken

Sinds het Wennex-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een stem in strijd met een stemovereenkomst vennootschapsrechtelijk zonder gevolgen blijft, is de opvatting lang geweest dat het handelen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst weliswaar wanprestatie oplevert jegens de andere contractspartij(en), maar geen vennootschapsrechtelijke consequenties kent.<sup>3</sup> Op dit uitgangspunt heeft de Hoge Raad zelf voor het eerst een nuancering aangebracht in het Chipshol-arrest uit 1996.<sup>4</sup> De Hoge Raad oordeelde kort gezegd dat de vennootschap zich bij haar handelen rekenschap diende te geven van de in de aandeelhoudersovereenkomst neergelegde afspraken, ondanks dat zij hier zelf geen partij bij was. Door voorbij te gaan aan deze afspraken, handelde de vennootschap onrechtmatig jegens een van de aandeelhouders.<sup>5</sup> Verder ging de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg, die in een uitspraak in 1998 (VenV) oordeelde dat een aandeelhouder in beginsel een beroep kon doen op een – van de statuten afwijkende – contractuele unanimiteitsbepaling ter zake het afstoten van een deelneming van de vennootschap.<sup>6</sup>

In 1999 heeft de Ondernemingskamer, in haar Versatel- beschikking, geoordeeld dat de aandeelhouder van een joint venture in beginsel jegens de vennootschap aanspraak kan maken op nakoming van de uit de aandeelhoudersovereenkomst voortvloeiende bijzondere afspraken, ongeacht of de besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht correct heeft plaatsgevonden.<sup>7</sup> In de (tweede) Broadnet-beschikking heeft de Ondernemingskamer dit oordeel bevestigd en de doorwerking van tussen aandeelhouders gemaakte afspraken expliciet in de sleutel van art. 2:8 BW geplaatst.<sup>8</sup> Uit de Broadnet-beschikking blijkt dat het enkele handelen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid kan opleveren.<sup>9</sup>

Het heeft tot 2012 geduurd voordat de (gewone) rechter overstag ging en voor het eerst uitdrukkelijk oordeelde dat bepalingen uit een aandeelhoudersovereenkomst via art. 2:8 BW kunnen doorwerken in de vennootschapsrechtelijke orde. In de Vanka-Kawat-uitspraak<sup>10</sup> ging het om een familievennootschap met twee aandeelhouders, die contractueel waren overeengekomen dat de statutair vastgelegde winstverdeling niet ten nadele van de minderheidsaandeelhouder-bestuurder zou worden gewijzigd. Uiteindelijk gaat de meerderheidsaandeelhouder toch over tot wijziging van de winstverdelingsregeling. De besluiten daartoe worden door de Rechtbank Den Haag vernietigd op grond van art. 2:15 lid 1 sub b juncto 2:8 BW, omdat zij waren genomen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst. Het betoog dat het handelen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst enkel tot een actie uit wanprestatie zou kunnen leiden, werd door de rechtbank uitdrukkelijk verworpen.<sup>11</sup>

In twee uitspraken begin 2014 heeft de (lagere) rechter vervolgens eveneens doorwerking aangenomen. In Kekk/Delfino overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in het kader van een op een aandeelhoudersovereenkomst gegronde verbodsactie dat afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst ‘*immers*’ doorwerken in de vennootschappelijke rechtsverhouding via art. 2:8 BW.<sup>12</sup> Kort na deze uitspraak wees het Hof Amsterdam een arrest (De Wildt/RBOC) waarin het een bestuursbesluit vernietigde wegens strijd met een door de stichting aangegane vaststellingsovereenkomst.<sup>13</sup> Het vonnis van de voorzieningenrechter in de zojuist genoemde Kekk/Delfino-zaak is recentelijk door het Hof Amsterdam vernietigd in hoger beroep.<sup>14</sup> Dit betreft voor

zover mij bekend de meest recente uitspraak over doorwerking, alhoewel het hof hieraan geen expliciete overwegingen wijdt. Dit arrest zal hierna nog meer uitgebreid aan bod komen.

Tot slot wijs ik hier nog op een van de vier beschikkingen van de Hoge Raad in Cancun Holding II.<sup>15</sup> In de literatuur wordt deze uitspraak ook wel genoemd in de context van doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst,<sup>16</sup> al is het de vraag in hoeverre de Hoge Raad zich hierover echt heeft uitgelaten. Mijns inziens wordt in Cancun Holding II de aandeelhoudersovereenkomst uitsluitend in aanmerking genomen in de sleutel van het vennootschappelijk belang.<sup>17</sup> De Hoge Raad overweegt dat bij de invulling van het vennootschappelijk belang van een joint venture vennootschap, de ‘aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking’ een rol kan spelen.<sup>18</sup> Dit is weinig verrassend, nu het vennootschappelijk belang dient te worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval en de inhoud van een aandeelhoudersovereenkomst bij een joint venture doorgaans een belangrijke omstandigheid zal zijn.<sup>19</sup> Over de (reikwijdte van) doorwerking van contractuele afspraken via art. 2:8 BW doet de Hoge Raad in Cancun Holding II mijn inziens geen principiële uitspraak.

### 3. Grenzen aan doorwerking

Uit de hiervoor behandelde jurisprudentie blijkt dat zowel de Ondernemingskamer als de (gewone) rechter in voorkomend geval vennootschapsrechtelijke (door)werking van aandeelhoudersovereenkomsten aanneemt. Deze doorwerking is evenwel niet onbeperkt.

Doorwerking vindt zijn grens daar waar onverkorte nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst in onevenredige mate in strijd zou komen met het belang van de vennootschap. In dat geval zal de rechter een op doorwerking gegronde vordering afwijzen wegens strijd met de beperkende werking van de (vennootschapsrechtelijke) redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 lid 2 BW. Net als bij de verbintenisrechtelijke pendant in art. 6:248 lid 2 BW, dient nakoming in de gegeven omstandigheden ‘onaanvaardbaar’ te zijn en gaat het derhalve om een zware maatstaf. Het enkele feit dat het belang van de aandeelhouder en het belang van de vennootschap bij nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst uiteenloopt, is onvoldoende. De Rechtbank Den Haag in Vanka-Kawat overwoog in dit verband:

*‘Dat dit belang [het belang van de aandeelhouders bij nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst, toev. HJTM] niet altijd parallel loopt met het vennootschappelijk belang, kan aan de houdbaarheid van een aandeelhoudersovereenkomst niet afdoen. Dat neemt niet weg dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen die ertoe kunnen leiden dat van een aandeelhouder op de voet van art. 2:8 lid 2 BW geen onverkorte nakoming van een aandeelhoudersovereenkomst verlangd zal kunnen worden. Dat zal zich kunnen voordoen als het belang van de vennootschap of bij de vennootschap betrokken belanghebbenden door onverkorte naleving van de overeenkomst, afgezet tegen het gediende aandeelhoudersbelang, in onaanvaardbare mate geschaad wordt.’<sup>20</sup>*

Een voorbeeld van een geval waarin nakoming gelet op het belang van de vennootschap onaanvaardbaar werd geacht, betreft de hiervoor genoemde VenV-uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg. In deze zaak ging het om de afstoting van een deelneming van de vennootschap, waarbij een van de aandeelhouders weigerde zijn instemming te verlenen en zich beriep op een contractuele unanimiteitsbepaling in de aandeelhoudersovereenkomst. Alhoewel de voorzieningenrechter niet expliciet toetst aan art. 2:8 lid 2 BW, kwam hij tot de conclusie dat, nu de deelneming zwaar verliesgevend was en de vennootschap dreigde mee te trekken in een deconfiture, de betreffende aandeelhouder geen beroep toekwam op de unanimiteitsbepaling.

Een ander bekend voorbeeld betreft de ‘noodzaakfinanciering’.<sup>21</sup> Hiermee wordt bedoeld op de situatie waarin de vennootschap met het oog op haar continuïteit dringend additionele financiering nodig heeft, deze financiering enkel kan verkrijgen door een aandelenemissie, maar een van de aandeelhouders deze emissie dwarsboomt. Daarbij komt het geregeld voor dat deze aandeelhouder zich beroept op een regeling in de aandeelhoudersovereenkomst die hem in staat stelt verwatering te voorkomen (antiverwateringsbeding of een *de facto* vetorecht ten aanzien van besluiten tot emissie). De Ondernemingskamer gaat in situaties van noodfinanciering doorgaans voorbij aan dergelijke

regelingen.<sup>22</sup> Ook de (gewone) rechter heeft in het verleden in een geval van noodzaakfinanciering geoordeeld dat een beroep op een dergelijk beding onaanvaardbaar is.<sup>23</sup>

Uit voornoemde voorbeelden volgt dat het belang van de vennootschap in de weg staat aan een beroep op de aandeelhoudersovereenkomst, wanneer de continuïteit van de vennootschap hierdoor in gevaar komt. Dat niet te snel wordt toegekomen aan art. 2:8 lid 2 BW juich ik toe. Toepassing van art. 2:8 lid 2 BW brengt immers met zich mee dat rechtstreeks wordt ingegrepen in de contractuele verhouding tussen de aandeelhouders, waarbij een aandeelhouder de aan hem toekomende en veelal zorgvuldig overeengekomen bescherming wordt ontzegd.

In dit verband merk ik nog op dat in de literatuur wordt gewezen op de mogelijkheid dat art. 2:14 lid 1 BW in de weg staat aan het nemen van een besluit conform de contractueel overeengekomen regeling, indien deze regeling in strijd komt met de statuten.<sup>24</sup> In dat geval is het besluit op grond van voornoemd wetsartikel immers nietig, tenzij toepassing van de statutaire bepaling op grond van art. 2:8 lid 2 in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Oostwouder en Marres merken op dat in dergelijke gevallen niet zomaar van doorwerking kan worden uitgegaan.<sup>25</sup> Met Nowak ben ik evenwel van mening dat een statutaire bepaling onder deze omstandigheden al snel op grond van art. 2:8 lid 2 BW buiten toepassing dient te blijven, gelet op het feit dat de betrokken aandeelhouders uitdrukkelijk met elkaar een afwijkende regeling overeen zijn gekomen.<sup>26</sup>

#### **4. Vennootschap contractspartij**

Naast deze materiële begrenzing van doorwerking, speelt de meer formele vraag of voor doorwerking vereist is dat de vennootschap zelf ook partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst. In de jurisprudentie wordt geen eenduidig antwoord gegeven op deze vraag. Zo ging de Rechtbank Den Haag er in de Vanka-Kawat-zaak van uit dat de vennootschap partij dient te zijn, wil sprake kunnen zijn van doorwerking van de contractuele aandeelhoudersafspraken in de vennootschappelijke orde.<sup>27</sup> Ook de Rechtbank Rotterdam en de Rechtbank Midden-Nederland zijn tot een dergelijk oordeel gekomen.<sup>28</sup>

Daartegenover staat dat de voorzieningenrechter in de zaak Kekk/Delfino uitdrukkelijk doorwerking aannam zonder dat de vennootschap partij bij de overeenkomst was. Dit laatste is ook de benadering van de Ondernemingskamer. In voornoemde beschikkingen van de Ondernemingskamer over doorwerking wordt de eis dat de vennootschap partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst niet gesteld. In een beschikking uit 2006 inzake Elf B.V. verwierp de Ondernemingskamer uitdrukkelijk het verweer van de vennootschap dat de aandeelhoudersovereenkomst buiten beschouwing diende te blijven omdat zij geen partij was bij die overeenkomst.<sup>29</sup> Hierbij speelde ongetwijfeld mee dat de meerderheidsaandeelhouder tevens (enig) bestuurder was van de vennootschap en de vennootschap dus op de hoogte was van de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst.

In de literatuur wordt over het antwoord op deze vraag eveneens verschillend gedacht.<sup>30</sup> Wanneer het gaat om een joint venture of een daarmee vergelijkbare samenwerkingsvorm – hetgeen veelal zo is bij doorwerkingsgeschillen – wettigen de aard en achtergrond van een dergelijke vennootschap mijns inziens al snel het aannemen van doorwerking, ook als de vennootschap geen partij is bij de overeenkomst. Kenmerkend aan een joint venture is immers dat zij is opgericht met het oog op een specifieke samenwerking – doorgaans verankerd in de aandeelhoudersovereenkomst – tussen een beperkt aantal partijen. Deze partijen zullen bovendien in de regel ook nauw betrokken zijn bij de werkzaamheden van de vennootschap, hetgeen met zich meebrengt dat de vennootschap al snel op de hoogte zal zijn van het bestaan van de aandeelhoudersovereenkomst. Of de vennootschap de overeenkomst al dan niet heeft medeondertekend, zou in dat geval in het kader van art. 2:8 BW niet van (doorslaggevend) belang moeten zijn.

#### **5. Doorwerking en het ontslag van een statutair bestuurder**

Na hiervoor het juridisch kader van doorwerking te hebben geschetst, zal ik hierna ingaan op een specifiek geval dat in de praktijk bij joint ventures van groot belang is en waarbij het

doorwerkingsleerstuk een belangrijke rol kan spelen. Dit betreft de in de praktijk in joint venture verhoudingen veelvoorkomende regeling in een aandeelhoudersovereenkomst dat een bestuurder uitsluitend bij unanimiteitsbesluit kan worden ontslagen, althans met een zodanige meerderheid, die groter is dan art. 2:244 lid 2 BW voorschrijft, dat hij zijn eigen ontslag, middels het stemrecht op de door hem gehouden aandelen, kan tegenhouden. Een dergelijk *de facto* vetorecht houdt vaak verband met het, eveneens in de aandeelhoudersovereenkomst vastgelegde, uitgangspunt dat een aandeelhouder zijn aandelen verplicht moet aanbieden indien hij ophoudt bestuurder te zijn.<sup>31</sup>

Over deze problematiek heeft in redelijk vergelijkbare gevallen inmiddels zowel de Ondernemingskamer als de (gewone) rechter zich geboden.

In de procedure bij de Ondernemingskamer (Staat Holding) ging het om een joint venture tussen drie aandeelhouders die tevens bestuurders waren van de vennootschap.<sup>32</sup> Twee van de drie aandeelhouders (JAW en JGK) wensten de samenwerking met de derde aandeelhouder (MPS) te beëindigen en waren voornemens om de derde aandeelhouder als bestuurder te ontslaan in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst. Voordat de algemene vergadering plaatsvond waarop zou worden besloten omtrent het voorgenomen ontslag, wendde de derde aandeelhouder zich tot de Ondernemingskamer met een enquêteverzoek waarin tevens onmiddellijke voorzieningen werden verzocht. Aangevoerd werd onder meer dat het voorgenomen ontslag in strijd zou komen met de contractuele unanimiteitsbepaling. Door verweersters werd gesteld dat ingevolge de statuten met een gewone meerderheid een bestuurder kon worden ontslagen en dat zij aldus daartoe gerechtigd waren.<sup>33</sup> De Ondernemingskamer volgde MPS in het standpunt dat het feit dat er in de statuten voor ontslag geen unanimiteit was voorgeschreven het gevolg was van art. 2:244 BW, maar dat dit niet afdoet aan de contractuele gebondenheid van partijen aan de aandeelhoudersovereenkomst. De Ondernemingskamer achtte voorshands aannemelijk dat MPS bij de totstandkoming van de samenwerking had bedongen dat zij niet tegen haar wil ontslagen kon worden als bestuurder (en bijgevolg evenmin tegen haar zin uitgestoten kon worden als aandeelhouder), en ging er daarom van uit dat het beoogde ontslag van MPS in strijd zou komen met de bij aanvang van de samenwerking afgesproken uitgangspunten. Mede op deze grond beval de Ondernemingskamer een onderzoek en greep zij in door onmiddellijke voorzieningen te treffen die ertoe strekten dat geen der partijen vooralsnog een doorslaggevende stem toekwam in het bestuur en de algemene vergadering van de vennootschap. Daarmee had MPS op dat moment, in ieder geval tijdelijk en hangende het onderzoek en het eventuele vervolg van de procedure, voorkomen dat het ontslag een feit werd.

In de Kekk/Delfino-uitspraak ging het om een vergelijkbaar feitencomplex, zij het dat het hier een joint venture tussen vier aandeelhouders betrof waarvan drie aandeelhouders tevens bestuurder waren.<sup>34</sup> In dit geval koos Kekk, de aandeelhouder wiens positie als bestuurder op het spel stond, ervoor om de voorzieningenrechter aan te zoeken. Zij vorderde een verbod voor de overige aandeelhouders om in een algemene vergadering (dan wel daarbuiten) een besluit te nemen tot het ontslag van Kekk als statutair bestuurder. In eerste aanleg gaf de voorzieningenrechter Kekk gelijk en legde de overige aandeelhouders een dergelijk verbod op, omdat het voorgenomen ontslagbesluit in strijd zou komen met de contractuele unanimiteits-eis en daarmee met art. 2:8 BW.<sup>35</sup> Art. 2:244 lid 2 BW stond niet in de weg aan het opnemen van een dergelijke unanimiteitsbepaling, aldus de voorzieningenrechter. In hoger beroep liep de zaak minder gunstig af voor Kekk. Het Hof Amsterdam, anders dan de voorzieningenrechter, komt tot het oordeel dat een contractuele unanimiteitseis al spoedig in strijd zal komen met art. 2:8 lid 2 BW.<sup>36</sup> Het hof overwoog:

*‘3.7 De wettelijke regeling van art. 2:244 BW dient ertoe 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. 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 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 en dat deze situatie dient te worden voorkomen.’*

*3.8 Tegen de achtergrond van het voorgaande 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. Dit is hier het geval. Kenmerkend voor de onderhavige situatie is dat drie van de vier aandeelhouders (die elk 25% van de aandelen houden) ook statutair bestuurder van de vennootschap zijn. Duurzame verstooring van de onderlinge verhoudingen binnen een dergelijk meerhoofdig 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. (...)*

Aldus komt het hof tot het oordeel dat het – ook volgens het hof – ‘grote belang’ van Kekk moet wijken voor dat van de vennootschap en dat Kekk gelet hierop geen beroep toekomt op de contractuele unanimiteitseis. Daarbij laat het hof de oorzaak van de verstoorde verhoudingen uitdrukkelijk in het midden.

Op de redenering van het hof valt het nodige aan te merken.<sup>37</sup> Zo heeft de wetgever bij invoering van de Flex-bv expliciet de mogelijkheid gecreëerd om de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van een bestuurder aan een afzonderlijke aandeelhouder toe te kennen.<sup>38</sup> In dat geval wordt *de facto* hetzelfde resultaat bereikt als met een contractuele unanimiteitseis zonder dat aan de versterkte meerderheidseis van art. 2:244 lid 2 BW wordt toegekomen. Dit heeft de wetgever kennelijk geen probleem geacht en past in de hiervoor genoemde trend om aandeelhouders meer vrijheid te bieden bij het vormgeven van hun samenwerking. Gelet hierop valt niet goed in te zien waarom een contractuele unanimiteitseis ‘al spoedig’ op onaanvaardbare wijze in strijd zou komen met het vennootschapsbelang.<sup>39</sup>

Gelet op de uitspraak van het Hof Amsterdam, moet thans aangenomen worden dat in gevallen zoals hiervoor beschreven de minderheidsaandeelhouder-bestuurder bij de (gewone) rechter al snel achter het net zal vissen. Immers, uitgaande van de redenering van het hof, zal de rechter de vordering tot nakoming van de unanimiteitsbepaling afwijzen indien sprake is van verstoorde verhoudingen, hetgeen vrijwel altijd het geval zal zijn indien de meerderheid van de aandeelhouders te kennen geeft de samenwerking te willen beëindigen zonder dat de betreffende minderheidsaandeelhouder-bestuurder zich hierin kan vinden. De oorzaak voor het ontstaan van de verstoorde verhoudingen doet daarbij niet ter zake. Duidelijk mag zijn dat dit voor de minderheidsaandeelhouder-bestuurder een weinig aantrekkelijk scenario is.

Bij deze stand van zaken lijkt mij vanuit het perspectief van de minderheidsaandeelhouder-bestuurder een gang naar de Ondernemingskamer in dergelijke gevallen dan ook de voorkeur te verdienen. De Ondernemingskamer kan bij de beoordeling of sprake is van gegronde reden(en) om aan een juist beleid te twijfelen immers wel ingaan op de oorzaak van de verstoorde verhoudingen. Daarbij komt dat de Ondernemingskamer niet hoeft te vrezen dat zij de vennootschap, door de bestuurder te laten zitten, achterlaat in een situatie waarbij de verstoorde verhoudingen intact blijven. De Ondernemingskamer heeft immers een groter palet aan voorzieningen voor handen dan de (gewone) rechter en heeft bovendien meer vrijheid om binnen het kader van art. 2:349a lid 2 BW onmiddellijke voorzieningen te treffen.<sup>40</sup> Zo kan de Ondernemingskamer (hetgeen zij in de praktijk ook frequent doet) bij onmiddellijke voorziening een bestuurder met doorslaggevende stem benoemen en/of de aandelen ten titel van beheer overdragen. De Ondernemingskamer kan kortom in dergelijke gevallen meer maatwerk bieden, daarbij (beter) rekening houdend met het ingrijpende gevolg – gedwongen aanbidding van de aandelen – dat het ontslag (contractueel) voor de minderheidsaandeelhouder-bestuurder met zich meebrengt.

## **6. Afronding**

De doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in de vennootschapsrechtelijke orde via art. 2:8 lid 1 BW lijkt de afgelopen jaren vaste voet aan de grond te hebben gekregen. Zowel de Ondernemingskamer als de (gewone) rechter lijkt thans uit te gaan van doorwerking. Dit past in de trend om aandeelhouders meer vrijheid te laten om binnen het bv-recht hun samenwerking vorm te geven. Daarbij gelden wel grenzen. Een beroep op doorwerking van contractuele afspraken zal afketsen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 2 BW indien dit in onevenredige mate in strijd komt met het vennootschappelijk belang. In dit verband heeft het Hof Amsterdam onlangs

een belangwekkend arrest gewezen met betrekking tot een voor de praktijk belangrijk geval, namelijk het ontslag van een aandeelhouder-bestuurder in strijd met een contractueel overeengekomen unanimitateis. Daarbij heeft het hof in algemene zin overwogen dat contractuele regelingen die afwijken van de versterkte meerderheidseis van art. 2:244 lid 2 BW, al spoedig in strijd met art. 2:8 lid 2 zullen zijn. Daarvan is volgens het hof onder meer sprake in geval van verstoorde verhoudingen binnen het bestuur van de vennootschap, ongeacht de oorzaak hiervan. Voor de betreffende aandeelhouder-bestuurder lijkt bij deze stand van zaken de Ondernemingskamer de voorkeur te verdienen boven de (gewone) rechter. De Ondernemingskamer is beter toegerust om de oorzaak van de verstoorde verhoudingen in de oordeelsvorming te betrekken en kan aldus (meer) maatwerk bieden.

*Mr. H.J. ter Meulen*

*Mr. Hein-Jan ter Meulen is advocaat bij De Breij Evers Boon N.V. te Amsterdam*

1) Wellicht het beste voorbeeld hiervan is het nieuwe art. 2:192 BW, waarin onder meer in lid 1 sub a is bepaald dat de statuten van een bv verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard kunnen opleggen aan de aandeelhouder.

2) Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015, 69, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino).

3) HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (Wennex).

4) HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 345, m.nt. J.M.M. Maeijer (Chipshol).

5) In casu ging het om het nalaten een benoeming van een commissaris in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst ongedaan te maken. Overigens werd de commissaris die de benoeming aanvaardde, eveneens aansprakelijk gehouden.

6) Rb. Middelburg 14 april 1998, «JOR» 2000/25 (VenV).

7) Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, «JOR» 2000, 72, m.nt. J.M. Blanco Fernandez (Versatel).

8) Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, «JOR» 2002, 112, m.nt. J.M. Blanco Fernandez (Broadnet).

9) Zie van recenter datum ook Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, «JOR» 2009, 128 (Sunenergy Investco), waarin de Ondernemingskamer nog eens uitdrukkelijk vooropstelt dat de inhoud van de zorgvuldigheidseis van art. 2:8 BW mede wordt bepaald door de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst.

10) Rb. Den Haag 1 augustus 2012, «JOR» 2012, 268, m.nt. J.M. Blanco Fernandez (Vanka-Kawat).

11) Zie kritisch over deze uitspraak B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 844, waarin wordt betoogd dat doorwerking als categorische regel te ver gaat, ook indien de vennootschap partij is bij de betreffende aandeelhoudersovereenkomst.

12) Rb. Amsterdam 16 januari 2014, «JOR» 2014, 157, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino). De casus die ten grondslag ligt aan deze uitspraak komt hierna in paragraaf 4 uitvoerig aan bod.

13) Hof Amsterdam 21 januari 2014, «JOR» 2014, 158, m.nt. R.G.J. Nowak (De Wildt/RBOC).

14) Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015, 69, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino).

15) HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286, m.nt. P. van Schilfgaarde en «JOR» 2014, 290 m.nt. R.G.J. de Haan. Zie ook de noot van A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2014, 101.

- 16) Zie Van Schilfgaarde in zijn annotatie HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286 en W.J. Oostwouder en M. Wessel, 'Venootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?', *O&F* 2015, 23.
- 17) In vergelijkbare zin A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2014, 101.
- 18) HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.1.
- 19) Zie ook R.G.J. de Haan in zijn annotatie bij HR 4 april 2014, «JOR» 2014, 290.
- 20) Rb. Den Haag 1 augustus 2012, «JOR» 2012, 268 m.nt. J.M. Blanco Fernandez (Vanka-Kawat), r.o. 4.16. In dezelfde zin Rb. Amsterdam 16 januari 2014, «JOR» 2014, 157, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino), r.o. 5.1.
- 21) Deze term is geïntroduceerd door H.J. de Kluiver, 'Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter', in: *De financiering van de onderneming*, 2006, p. 31-49. Zie over dit onderwerp verder (o.a.) J.W. Leedeckerken, 'Impasses bij noodzaakfinanciering', «TOP» 2010, 4 en F. Veenstra, 'Overleven dankzij het enquêterecht', *TvI* 2015, 7.
- 22) Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2000, «JOR» 2000, 74, m.nt. Josephus Jitta en HR 19 oktober 2001, «JOR» 2002, 5, m.nt. Van den Ingh (Skygate Holding); Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, «JOR» 2002, 6, m.nt. Josephus Jitta (Decidewise); Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, «JOR» 2009, 319, m.nt. Doorman (Triple E); Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, «JOR» 2010, 60, m.nt. A. Doorman en HR 25 februari 2011, «JOR» 2011, 115, m.nt. A. Doorman (Inter Access); Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014, 119 (Delphi Bioscience).
- 23) Hof Amsterdam 25 april 2002, «JOR» 2002, 128 (Gorillapark).
- 24) R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken', *WPNR* 2014, 7014, par. 5; W.J. Oostwouder en M. Wessel, 'Venootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?', *O&F* 2015, 23, p. 16-17.
- 25) Zie voetnoot 24 hiervoor.
- 26) *Idem*.
- 27) Rb. Den Haag 1 augustus 2012, «JOR» 2012, 268 (Vanka-Kawat), r.o. 4.10.
- 28) Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, *RO* 2011, 14 (GS General Services) en Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2013, «JOR» 2014, 5 (RDC Holding). Met name opvallend is het oordeel van de Rechtbank Rotterdam, die – ondanks het feit dat de vennootschap zich geruime tijd conform de overeenkomst had gedragen en de bestuurders van de vennootschap dezelfde waren als de bestuurders van de meerderheidsaandeelhouder – oordeelde dat aan de aandeelhoudersovereenkomst geen enkele vennootschapsrechtelijke werking toekwam, omdat de vennootschap hierbij geen partij was.
- 29) Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006, 195 (Elf B.V.).
- 30) Zie bijv. C.D.J. Bulten, 'De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2014, 94, par. 5.1; R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken', *WPNR* 2014, 7014, par. 2 en W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011, p. 35, die ervan uitgaan dat het in de regel niet noodzakelijk is dat de vennootschap partij is bij de overeenkomst. O.a. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*, 2009, nr. 385 en T.P. van Duuren, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van afspraken over aandelenoverdracht in een



persoonsgebonden BV', *WPNR* 2014, 7033, gaan ervan uit dat de vennootschap in de regel wel partij dient te zijn.

31) De achtergrond van een dergelijke bepaling heeft te maken met het *intuitu personae* karakter van joint ventures. De joint venture partners gaan een persoonsgebonden, veelal intensieve samenwerking aan en willen niet nadien geconfronteerd worden met een aandeelhouder die nog slechts op afstand bij de vennootschap betrokken is.

32) Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, «JOR» 2014, 159, m.nt. W.H. van Baren (Staat Holding).

33) Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, «JOR» 2014, 159, m.nt. W.H. van Baren (Staat Holding), r.o. 3.4.

34) Rb. Amsterdam 16 januari 2014, «JOR» 2014, 157, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino).

35) Hierbij wordt nog opgemerkt dat de voorzieningenrechter daarnaast ook de vennootschap zelf verbod om de managementovereenkomst met Kekk op te zeggen, aangezien dit feitelijk zou betekenen dat Kekk ondanks de unanimiteitseis in de aandeelhoudersovereenkomst alsnog buiten spel zou worden gezet.

36) Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015, 69, m.nt. R.G.J. Nowak (Kekk/Delfino).

37) Zie ook de kritische noot van Nowak bij Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015, 69.

38) Zie art. 2:242 lid 1 BW juncto art. 2:244 lid 1 BW.

39) Vgl. in dit verband ook Hof Den Haag 7 augustus 2008, «JOR» 2008, 262 (Ramsley), waarin het hof oordeelde dat een contractuele prijsbepalingsregeling die afweek van het dwingendrechtelijke art. 2:195a lid 3 BW (oud) rechtsgeldig was, onder meer gelet op het feit dat het na invoering van de Flex-bv mogelijk zou worden om hier statutair van af te wijken.

40) Zie hierover, en over andere verschillen tussen de (kortgeding)rechter en de Ondernemingskamer, A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Forumkeuze voor gevorderden – kort geding of onmiddellijke voorziening bij de OK?', «TOP» 2010, 7.