

Tilburg University

Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen

van der Sangen, G.J.H.

Published in:
Stichting Vereniging & Vennootschap

Publication date:
2003

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van der Sangen, G. J. H. (2003). Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen. *Stichting Vereniging & Vennootschap*, 1, 32--42.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen

Mr. G.J.H. van der Sangen¹

Naar aanleiding van het KNB-preadvies 'Statuten zonder bezwaar' is de vraag weer actueel hoe aandeelhoudersovereenkomsten in de statuten van de BV kunnen worden verwerkt, en zo nee, of aandeelhoudersovereenkomsten doorwerken in de vennootschappelijke organisatie van de BV. Na een analyse van de gestelde vragen, betoogt schrijver dat het veelvuldig gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten bij de BV wijst op de noodzaak van een grondige herziening van het BV-statuut, dat toegesneden is op besloten en persoonsgebonden samenwerkingen, zoals de quasi-vof BV en de joint venture vennootschap.

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de huidige regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) in het Boek 2 BW voldoende ruimte biedt om persoonsgebonden afspraken, die in het kader van een 'besloten' samenwerking van samenwerkende partners zijn gemaakt, te verwerken in de statuten van de BV?² Indien opname in de statuten niet tot de mogelijkheden behoort, is het dan mogelijk, en zo ja, op welke wijze kan dat worden bewerkstelligd, dat de in de samenwerkingsovereenkomst(-en) neergelegde afspraken 'doorwerken' in de interne vennootschapsrechtelijke organisatie van de BV waarin de persoonsgebonden samenwerking is geïncorporeerd. Voor de notariële en ondernemingsrechtelijke adviespraktijk zijn deze vragen bepaald relevant. Een en ander houdt verband met het feit dat er een spanning bestaat tussen hetgeen de samenwerkende partners met het oog op hun samenwerking in de regel plegen overeen te komen enerzijds en de thans in Boek 2 BW neergelegde dwingendrechtelijke regeling van de BV die niet blijkt te zijn ingericht voor samenwerkende aandeelhouders/ondernemers anderzijds. Bovendien bestaan er slechts beperkte mogelijkheden om van de wettelijke regeling af te wijken. Regels van rechtspersonenrecht zijn immers, tenzij anders aangegeven, van dwingend recht (zie art. 2:25 BW). Voor zover dat wel kan, mag het niet in strijd zijn met vennootschappelijke orde.³

¹ Mr G.J.H. van der Sangen is universitair docent Ondernemingsrecht bij de vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law aldaar. Hij is tevens redacteur van *SV&V* en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank 's-Hertogenbosch.

² Zie T.P. van Duuren, *De joint venture-vennootschap. Een persoonsgebonden kapitaalvennootschap*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Schoordijk Instituut, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002, p. 9 en 10.

³ Tot voor kort lag hierbij een gezamenlijke taak voor het notariaat en het Departement, dat de verklaring van geen bezwaar diende af te geven alvorens de oprichting respectievelijk een statutenwijziging van kracht kon worden. Daarbij werd onder andere door het Departement beoordeeld of de afwijkende inrichting van de statuten niet in strijd was met de vennootschappelijke orde. De ruimte voor de praktijk is door het Departement wereldkundig gemaakt in de Dep. Richtlijnen, laatstelijk in 1986. Met de wet herziening preventief toezicht d.d. 22 juni 2000, Stb. 283 is deze departementale toets tot het verleden gaan behoren. De regels van de departementale richtlijnen zijn gedeeltelijk overgenomen in de wet. Het is thans aan het notariaat om erop toe te zien dat de statuten niet strijdig zijn met de wet en de vennootschappelijke orde. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd. Zie hierover *Statuten zonder bezwaar*, preadvies KNB 2002, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, alsmede het verslag van de jaarvergadering van de KNB: 'Statuten zonder bezwaar' door D.F.M.M. Zam an in dit nummer van *SV&V*.

Indien samenwerkende partners eenmaal gekozen hebben voor de BV als rechtsvorm waarin hun persoonsgebonden ondernemerschap zal worden geïncorporeerd, is het nu juist de uitdrukkelijke bedoeling van partijen dat de samenwerkingsafspraken ook na oprichting van de BV zullen ‘doorwerken’ in de interne vennootschappelijke deelrechtsorde van de BV. Door bij een persoonsgebonden samenwerking te kiezen voor een BV ontstaat er evenwel naar huidig recht een complex patroon van enerzijds contractuele en (personen)vennootschapsrechtelijke betrekkingen, en anderzijds de rechtspersonenrechtelijke lidmaatschapverhouding uit hoofde van Boek 2 BW. Ook de inrichting van de structuur van de BV is prohibitief. De vraag is dan vervolgens of, en in hoeverre beide regelcomplexen naast elkaar kunnen bestaan.⁴ Nu de samenwerkende partners tevens aandeelhouder zijn in de BV waarin hun persoonlijk ondernemerschap is geïncorporeerd, wordt in dit verband ten aanzien van de samenwerkingsovereenkomst ook wel gesproken van ‘aandeelhoudersovereenkomsten’. Kernvraag is dan ook welk effect dergelijke aandeelhoudersovereenkomsten sorteren voor de interne organisatie van de vennootschap.⁵ Deze bijdrage zal zich richten op persoonsgebonden ‘besloten’ verhoudingen. De werking van aandeelhoudersovereenkomst in ‘open’ verhoudingen komt niet aan bod.

2 Persoonsgebonden samenwerking

Van persoonsgebonden samenwerking is sprake indien de partners elkaar hebben uitgekozen met het oog op hun bijzondere kwaliteiten ten einde op voet van gelijkwaardigheid samen te werken. De samenwerking krijgt gestalte door het gezamenlijk drijven van een onderneming. Kenmerkend voor persoonsgebonden samenwerking is dat er feitelijk geen sprake is van een ‘separation of ownership from control’. Hoewel de regeling van de BV in Boek 2 BW dwingt tot een formeel-juridische scheiding tussen financieel en zeggenschapsbelang enerzijds – gebundeld in aandeelhoudersrechten die uitgeoefend moeten worden in de algemene vergadering van aandeelhouders –, en het bestuur anderzijds, is deze scheiding bij persoonsgebonden samenwerking realiter niet aanwezig. Persoonsgebonden samenwerking leidt dan ook tot ‘joint control’, of beter gezegd: ‘joint control’ over de gezamenlijke onderneming is voor het slagen van de persoonsgebonden samenwerking een noodzakelijke voorwaarde. Deze, in Nederlandse termen uitgedrukt, gezamenlijke besturing van de onderneming leidt in elk geval tot een min of meer stilzwijgende afspraak tussen de samenwerkende partners – men kan spreken van een stille maatschap – en daarmee ook tot de plicht om gezamenlijk de aan de aandelen in de samenwerkings-BV verbonden zeggenschapsrechten uit te oefenen teneinde het doel van de samenwerking te bevorderen. In dat opzicht is de BV een instrument van de samenwerkende partners: de rechtsvorm waarin hun persoonlijk ondernemerschap is geïncorporeerd. Dat wordt mijns inziens niet anders indien

⁴ Zie Van Duuren, *a.w.* p. 26 en 27.

⁵ Of zoals Raaijmakers zegt: ‘Een van de belangrijkste hieronder te bespreken vragen is of de contractuele samenwerkingsverhouding tussen de partners een incorporatie in een van de benoemde rechtspersonen van Boek 2 kan overleven.’ Zie M.J.G.C. Raaijmakers, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over joint ventures*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer, Deventer 1992, p. 5.

beiden partners rechtspersonen zijn, zoals bij een joint venture vennootschap – een bij uitstek besloten en persoonsgebonden samenwerking.⁶

Van een dergelijke incorporatie van het persoonlijk ondernemerschap is derhalve niet alleen sprake bij de eenmans-BV, maar ook bij de quasi-vof BV en bij de joint venture vennootschap. De huidige BV is echter in Boek 2 BW neergezet als een zelfstandig instituut, waarin verschillende deelbelangen samenkomen en waarvan de resultante het vennootschappelijk belang vormt: het eigen belang van de rechtspersoon bij het behoud van haar zelfstandigheid en van haar continuïteit op lange termijn.⁷ Bij de BV als rechtsvorm van een quasi-vof of van een joint venture kan deze instituutleer geen rol spelen: het belang van de BV loopt bij deze vormen van samenwerking als hoofdregel parallel met de belangen van de samenwerkende partners (aandeelhouders/ondernemers).⁸ Dit is slechts anders indien de onderneming dermate groot is geworden, als het ware ‘vermaatschappelijkt’, dat het bestuur ook rekening moet houden bij haar beslissingen met andere stakeholders, zoals crediteuren en/of werknemers. Ook in tijden van (dreigende) feitelijke insolventie zal als regel het belang van de samenwerkende partners niet per definitie parallel lopen met het vennootschappelijk belang. De parallelle wordt eveneens doorbroken indien de persoonsgebondenheid afneemt, bijvoorbeeld doordat bij een quasi-vof na het overlijden van een van de partners de aandelen vererven op de tweede respectievelijke de derde generatie, een eventuele certificering ten spijt. In normale gevallen bestaat er evenwel bij een persoonsgebonden samenwerking geen reden om de samenwerkings-BV te zien als een zelfstandig instituut zoals bij de grote open NV wel het geval is, en waar de instituutleer immers ook haar doel en ratio vindt.⁹

3 Een besloten verhouding is niet gelijk aan de besloten vennootschap

De persoonsgebonden samenwerking in een quasi-vof BV of een joint venture vennootschap brengt ook met zich dat de positie van de partner niet zonder de instemming van de ander kan worden overgedragen aan een derde. Dit zou in strijd zijn met de ‘intuiti personae’-gedachte. Men zie goed dat dit een andere vorm van beslotenheid is dan het ‘besloten zijn’ van de in Boek 2 BW geregelde besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De beslotenheid zoals deze tot

⁶ Zie hierover mijn bijdrage in *S&V* 2002/3 ‘Een korte beschouwing over de positie van de joint venture en haar partners in de nieuwe structuurregeling’.

⁷ Zie voor het begrip ‘vennootschappelijk belang’ Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 11 en de daar genoemde literatuur, waaronder uitaard het werk van Maeijer.

⁸ Aldus Van Duuren, *a.w.* p. 49 en 68. Zie voor kritiek op de instituutleer Pitlo/Raaijmakers (2000) § 4.10 p. 231, M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, inaugurele rede KUB 1987, Kluwer, Deventer 1987. Volhouden dat een eenmans-bv, een quasi-vof bv of een joint venture vennootschap in de rechtsvorm van een BV een zelfstandig instituut is dat los staat van de samenwerkende partners/aandeelhouders – in deze zin Van Schilfgaarde, *a.w.* p. 3 en F.K. Buijn, ‘Statuten: terug naar de overeenkomst?’, *Ondernemingsrecht* 1999-5 p. 123 – behoeft niet te betekenen dat men het contractuele karakter daarvan miskent. Het is zeer wel mogelijk zoals de analyse van Raaijmakers en daarop voortbouwend Van Duuren laat zien dat een contractuele inrichting van een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid samengaan. In dit verband zij verwezen naar de close corporation, de LLC, de GmbH en de SAS. Zelfs de OVR in het ontwerp 7.13 NBW wijst in deze richting alsmede het EESV.

⁹ Vgl. de reeds bekende analyse van A.A. Berle en G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932, Rev. Ed. 1968. Zie hierover Pitlo/Raaijmakers § 5.03 p. 258.

uitdrukking komt in het feit dat de BV uitsluitend aandelen op naam kent en ten aanzien waarvan in de statuten een verplichte blokkeringregeling moet zijn opgenomen, betekent immers in de opzet van de wettelijke regeling niet meer dan dat het aandeel van de partner in de quasi-vof BV of de joint venture vennootschap niet meer voor vrije overdracht aan een willekeurige derde vatbaar is. De overdracht aan derden kan niet vrijelijk buiten de andere aandeelhouder om geschieden. Feitelijk wordt daarmee ook bereikt dat de BV niet geschikt is als rechtsvorm voor een beursvennootschap. Wat partijen in een persoonsgebonden samenwerking uitdrukkelijk daarenboven beogen, is dat het in het geheel niet mogelijk is het aandeel in de onderneming over te dragen aan een derde *zolang de samenwerking nog voortduurt*. Deze wens staat evenwel op gespannen voet met de dwingendrechtelijke regel van art. 2:195 lid 8 BW. Partijen hebben hier juist de behoefte aan een soortgelijke regel als bij de personenvennootschappen dat staande de samenwerking overdracht van het aandeel in de gemeenschap niet mogelijk is dan na instemming van de andere vennoot.¹⁰

Er zijn meer voorbeelden te geven – en in de praktijk van alle dag zullen deze dan ook moeten worden opgelost – waarbij samenwerkende partners een vanuit hun persoonsgebonden samenwerking gerechtvaardigde regeling graag zouden willen opnemen in de statuten van BV, maar waarbij men het dwingendrechtelijke karakter van het BV-statuut op zijn weg vindt, en vervolgens de notaris die het een en ander in een akte moet opnemen, en daar vervolgens slapeloze nachten van krijgt, dan wel – ter vermijding daarvan – adviseert zo min mogelijk in de statuten te regelen en specifieke zaken te regelen in een of meer aandeelhoudersovereenkomsten, met als bovenschrijft ‘onderlinge regeling tot samenwerking’ (ORTS).¹¹ Ik noem in navolging van Van Duuren¹² de volgende knelpunten waarbij het wettelijk BV-statuut niet voldoet aan de behoeften van een persoonsgebonden samenwerking:

a. de deelname in een persoonsgebonden samenwerking

De deelname in een persoonsgebonden samenwerking brengt mee dat partijen beogen dat, zolang de samenwerking voortduurt, men het aandelenpakket in de samenwerkings-BV in het geheel niet kan overdragen zonder de instemming van de andere partner. Zoals gezegd is dit naar huidig recht in strijd met art. 2:195 lid 8 BW. Of het mogelijk is de overdracht gedurende een bepaalde periode – bijvoorbeeld de eerste 5 of 10 jaar – in zijn algemeenheid onmogelijk te maken, is niet duidelijk. De literatuur in deze is verdeeld. De praktijk bedient zich dan van een combinatie van statutaire kwaliteitseisen – aandeelhouders kunnen slechts zijn zij die partij zijn bij de ORTS – en een contractuele afspraak om de aandelen in het geheel niet, dan wel gedurende een bepaalde periode niet over te dragen. Of een dergelijke overeenkomst

¹⁰ Zie in dit verband HR 17 december 1993, NJ 1994, 301 (Van den Broeke/Van der Linden).

¹¹ De onderlinge regeling tot samenwerking zien we terug in de structuurregeling en doelt daar op de tussen de joint venture partners gesloten joint venture-overeenkomst. Evenwel, zoals blijkt uit het wetsvoorstel herziening structuurregeling, waarover het themanummer van Ondernemingsrecht 2002/ kan er sprake zijn van een ORTS tussen samenwerkende natuurlijke personen, zoals het geval is indien de vennoten van een vennootschap onder firma hun onderneming ‘inbrengen’ in een BV. In weerwil van de heersende leer ben ik het met Raaijmakers eens dat door het enkele feit dat de samenwerking tussen de vennoten – of zelfs van meet af aan –, wordt geïncorporeerd in een BV, dit niet per definitie betekent dat de tussen hen geldende of te maken afspraken voor het functioneren van deze BV irrelevant zijn. Sterker nog, het bestaan van een ORTS impliceert dat men over en weer de plicht heeft in de geest van de samenwerkingsovereenkomst binnen de gremia van de BV te stemmen. Zie Raaijmakers, *preadvies* p. 55 en 56. In andere zin A.L. Mohr, *Ondernemingsrecht op de breuklijn van praktijk en wetenschap*, inaugurele rede UvA 1993, Gouda Quint Arnhem 1993, p. 24.

¹² Van Duuren, *a.w.* in het bijzonder hoofdstuk 3.

het gewenste effect sorteert, is hoogst twijfelachtig. Uit het arrest van de Hoge Raad inzake Van den Berge/Verenigde Bootlieden¹³ blijkt echter dat in besloten verhoudingen zoals hier aan de orde termen aanwezig kunnen zijn om verregaande beperkingen aan de overdracht te verbinden, zodat de feitelijke overdracht uiterst bezwaarlijk wordt. Daarbij slaat de Hoge Raad acht op de gemaakte afspraken tussen de aandeelhouders en het beoogde besloten karakter van de samenwerking. Een oordeel over een statutaire clausele inhoudende onvervreemdbaarheid van de aandelen wordt in dit arrest echter niet gegeven.¹⁴

b. loyaliteitsverplichtingen

Persoonsgebonden samenwerking kenmerkt zich door de uit het personenvennootschapsrecht bekende ‘fraternitas’-norm. Beide partijen dienen op voet van gelijkwaardigheid samen te werken en zich over en weer in te zetten voor het bereiken van het doel van de gezamenlijke onderneming. Daaruit vloeit niet alleen voort dat men zijn verplichting tot vermogensrechtelijke inbreng nakomt, maar ook dat tijdens de samenwerking al datgene wordt gedaan dat nodig is om de gezamenlijke onderneming tot een succes te brengen (actieve plicht), en verder dat men afziet van handelingen die de beoogde samenwerking nadelig kunnen beïnvloeden (passieve plicht). Hieronder kunnen worden gerangschikt afspraken tot doorfinanciering, tot het aanbrengen van corporate opportunities, het afdragen van geïncasseerde gelden, maar ook om zich gedurende de samenwerking en nadien te onthouden van concurrerende activiteiten. Meer in het algemeen rust op de schouders van de partners de voortdurende plicht zich loyaal in te zetten voor het bereiken van het samenwerkingsdoel, hetgeen mijns inziens tevens impliceert dat partijen niet meer vrij zijn hun stemgedrag in de algemene vergadering van de samenwerkings-BV uitsluitend en alleen te laten bepalen door hun *eigen belang*.¹⁵ Let wel, dit is iets anders dan dat een aandeelhouder zich contractueel verbindt om op een bepaalde wijze te stemmen. De mogelijkheid om zich vanuit zijn eigen belang te binden aan een stemovereenkomst is gesanctioneerd in de arresten van de Hoge Raad inzake Wennex, Distilleerderij Melchers en Aurora.¹⁶ Probleem is in besloten verhoudingen is nu juist dat het aangaan van een ORTS in feite impliciet een stemovereenkomst inhoudt. Praktijk is ook dat de ORTS ten aanzien van specifieke onderwerpen een of stemovereenkomsten zal bevatten. Eenmaal hieraan gebonden kunnen partijen zich hieraan niet onttrekken. Wat de gevolgen hiervan zijn, komt hierna aan bod.

Binnen de persoonsgebonden samenwerkings-BV gelden versterkte normen van redelijkheid en billijkheid. De aard van de samenwerking en hetgeen partijen over en weer in de ORTS daaromtrent zijn overeenkomen, beperkt derhalve in belangrijke mate de mogelijkheid naar eigen inzicht in de algemene vergadering van aandeelhouders te stemmen. Vergelijk in dit verband het arrest van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam inzake Cromwilld/Versatel,¹⁷ waarin samengevat werd overwogen dat een minderheidsaandeelhouder in een joint venture gezien de aard van de besloten samenwerking aanspraak kan maken op een bijzondere gedragslijn van de vennootschap jegens hem, waarop in andere geval een minderheidsaandeelhouder geen aanspraak kan maken, maar tegelijkertijd rust op de

¹³ HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 m.nt. Ma..

¹⁴ Van Duuren, *a.w.* p. 75.

¹⁵ Vgl. Van Schilfgaarde, *a.w.* p. 191.

¹⁶ Zie respectievelijk HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465, HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 en HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473.

¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, *NJ* 2000, 199.

minderheidsaandeelhouder in een dermate besloten verhouding als de joint venture ook de verplichting zich in te zetten tot het bereiken van het doel van de samenwerking. Een aandeelhouder kan blijkbaar in een besloten verhouding ook in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid indien hij zich niet inzet voor het bereiken van het doel door bij voortdurend geen gebruik te maken van zijn stemrecht, dan wel noodzakelijk geachte besluitvorming te frustreren.¹⁸ Een en ander geldt in versterkte mate in 50/50-verhoudingen. De vraag rijst vervolgens hoe deze min of meer concrete verplichtingen zich verhouden tot het dwingendrechtelijke voorschrift van art. 2:192 BW waarin is bepaald dat een aandeelhouder, zelfs niet door wijziging van de statuten, tegen zijn wil enige verplichting boven de storting tot het nominale bedrag van het aandeel kan worden opgelegd. Kan in de statuten worden bepaald dat voor bestuurders en aandeelhouders een non-concurrentiebeding geldt? Anderzijds kan men de vraag stellen of het sowieso in een besloten verhouding verboden is de eigen samenwerkings-BV concurrentie aan te doen, zonder dat hierover uitdrukkelijk iets is opgenomen in de statuten of een ORTS. Volgt dit niet reeds uit de voor de personenvennootschappen geldende regel uit het arrest van de Hoge Raad inzake Koghee/Akkoca?¹⁹ Immers, niet valt in te zien waarom deze regel ook niet zou (blijven) gelden bij een quasi-vof BV of een joint venture vennootschap.

c. joint control

Zoals gezegd is kenmerkend voor een persoonsgebonden samenwerking dat op voet van gelijkheid het beleid van de samenwerkings-BV gezamenlijk wordt voorbereid, vastgesteld en uitgevoerd. Besluitvorming binnen het bestuur van de rechtspersoon vindt zoveel mogelijk plaats op basis van unanimiteit. Hetzelfde geldt voor besluitvorming ter zake van de aan de algemene vergadering van aandeelhouders dwingendrechtelijk toekomende kernbesluiten. Ook hier beogen partijen unanimiteit ten aanzien van de in de ORTS aangeduide beleidsbeslissingen. Voor zover er sprake is van een 50/50-verhouding, is er bij de quasi-vof BV feitelijk sprake van besluitvorming bij unanimiteit op zowel het niveau van de algemene vergadering van aandeelhouders als ook op het niveau van het bestuur. Immers, partijen zullen in de regel ieder voor zich tevens aandeelhouder als bestuurder zijn. Bij een 50/50-verhouding in een joint venture ligt de zaak enigszins genuanceerder, omdat de aandeelhouders/partners rechtspersonen zijn, en ieder de gerechtvaardigde wens heeft, al dan niet middellijk via een rechtspersoon, een natuurlijk persoon als 'zijn' bestuurder te benoemen. Voorts geldt de mogelijkheid om besluitvorming met unanimiteit ten aanzien van de benoeming (en het ontslag) van bestuurders niet.²⁰ De praktijk bedient zich in dit verband van een combinatie van statutaire maatregelen en een stemovereenkomst: aan de partners worden letteraandelen uitgegeven, waaraan de bijzondere bevoegdheid wordt toegekend om een bindende voordracht te doen, eventueel aangevuld met kwaliteitseisen geldend voor de te benoemen bestuurder, en aangevuld met een stemovereenkomst, om zodanig te stemmen in de algemene

¹⁸ Vgl. ook HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 645 (Lampe/Tonnema). In soortgelijke zin Hof Amsterdam (OK) 25 april 2002, *JOR* 2002/1 28 (Gorillapark), waarbij zich echter deze bijzonderheid voordeed dat hier met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW een beschermende voorziening voor de minderheidsaandeelhouder *in de aandeelhoudersovereenkomst* opzij werd gezet. Van besluitvorming binnen de BV was nog geen sprake.

¹⁹ HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21.

²⁰ Zie de artikelen 2:243 lid 2, 2:244 lid 2, 252 lid 2 en 254 lid 2 BW. De grens ligt bij 2/3 meerderheid van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin ten minste de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

vergadering dat elk van de partners door een bestuurder vertegenwoordigd zal zijn in het bestuur van de vennootschap. Uiteraard kan een dergelijke constructie geen uitkomst bieden in het geval er sprake is van een structuurvennootschap. Dan rijst de vraag hoe de raad van commissarissen in afwijking van de dwingendrechtelijke regels van de structuurregeling kan worden samengesteld,²¹ en of de raad van commissarissen zich kunnen binden – bijvoorbeeld jegens de joint venture partners – ten aanzien de benoeming van bestuurders.²²

d. differentiatie van stemrecht en besluitvorming

Afgezien van de hierboven genoemde beperkingen ten aanzien van de benoeming en het ontslag van bestuurders c.q. leden van de raad van commissarissen gelden er in beginsel geen beperkingen om ten aanzien van de besluitvorming steeds unanimiteit te eisen. Evenwel kan er ook in een besloten samenwerkings-BV behoefte bestaan aan een differentiatie van het stemrecht, zoals het geval is indien tijdelijk een van de partners extra kapitaal verschaft, zonder dat de zeggenschapsverhoudingen doorbroken worden, of in het geval een derde tijdelijk risicodragend vermogen verschaft, zoals een participatiemaatschappij. De mogelijkheden tot afwijking van het uitgangspunt van evenredig stemrecht naar rato van de kapitaaldeelname zijn echter binnen de dwingendrechtelijke regels van Boek 2 BW beperkt. Stemrechtloze aandelen zijn niet mogelijk, tenzij men zijn toevlucht neemt tot certificering. Ten aanzien van een stemrechtbeperking is men gebonden aan het degressieve stemrecht van art. 2:228 lid 4, dan wel aan een absolute stemrechtbeperking van 2:228 lid 5. Kernpunt van deze regeling is dat een stemrechtbeperking uitsluitend mag werken in het voordeel van de kleinere aandeelhouder. Statutair is dus niet mogelijk een aandeelhouder meer stemrechten toe te kennen dan waarop hij recht heeft volgens het stelsel van evenredig stemrecht. Differentiatie over verschillende soorten aandelen is ook niet mogelijk. De conclusie is derhalve dat de samenwerkende partners niet de mogelijkheid hebben het stemrecht naar eigen inzicht te moduleren. Contractueel kan men zich evenwel niet verbinden om in het algemeen geen gebruik te maken van het stemrecht op verworven aandelen. Ook hier wordt het wettelijk BV-statuut als te knellend ervaren.²³

e. differentiatie bij de winstbestemming

Ten aanzien van de wijze van verdeling van de winst lijkt artikel 2:216 BW voldoende ruimte te bieden om tot een voor partijen adequate verdeling van de winst te komen. Bij nader inzien is dat in een persoonsgebonden samenwerking niet het geval omdat hier in de regel de kapitaalbijbreng door verplichte stortingen niet voorop staat,²⁴ terwijl deze verplichte stortingen gezien art. 2:216 lid 6 BW wel de maatstaf vormen voor de berekening van het winstbedrag. Bovendien mag een aandeelhouder, ook niet tijdelijk, op grond van art. 2:216 lid 8 BW worden uitgesloten van de voor verdeling vatbare jaarwinst – een regeling overigens die ook voor de personenvennootschap geldt, zij het dat daar een bijna gelijk resultaat kan worden bereikt doordat bij de personenvennootschap wel kan worden overeengekomen dat

²¹ Naar aanleiding van Hof Amsterdam (OK) 15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA/So cfin) wordt wel betoogd dat omtrent de samenstelling van de verplichte raad van commissarissen afspraken kunnen worden gemaakt. Zie echter bij Van Schilfgaarde, *a.w.* p. 366 voor een genuanceerd standpunt.

²² Dit is mijns inziens ten enenmale in strijd met dwingendrechtelijke regeling en ratio van de structuurregeling, ook als deze wordt herzien.

²³ In gelijke zin Van Duuren, *a.w.* p. 105.

²⁴ Vgl. in dit verband het verbod tot inbreng van arbeid in art. 2:191b BW.

een van de partners uitsluitend deelt in de verliezen. Een dergelijke regeling stuit bij de BV af op de dwingendrechtelijke regel van art. 2:201 lid 1 BW. In de jurisprudentie is echter beslist dat doorbreking van het gelijkheidsbeginsel, mede in aanmerking genomen de bijzondere aard van de besloten samenwerking, mogelijk is indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.²⁵ Of dit aan partijen in voorkomende geval voldoende rechtszekerheid biedt, valt niet op voorhand te zeggen. In de praktijk komen dan ook constructies voor om de regels van winstbestemming te omzeilen, door de winst binnen de marges van de wet – in het bijzonder art. 2:216 lid 2 BW - volledig uit te keren met de afspraak het jaarlijks te betalen bedrag dat nodig is voor de financiering van de samenwerking-BV, gezamenlijk vast te stellen.²⁶ Het wettelijke BV-statuut dwingt ook hier tot een afzonderlijke contractuele regeling.

f. het afleggen van rekening en verantwoording

Over dit punt het volgende: essentieel voor het slagen van de persoonsgebonden samenwerking is dat de samenwerkende partners niet alleen jaarlijks bij de vaststelling van de jaarrekening inzicht verkrijgen omtrent het gevoerde (financiële) beleid, maar ook tijdens de samenwerking zullen partijen wensen dat zij worden geïnformeerd omtrent de gang van zaken binnen de rechtspersoon en daaraan verbonden onderneming. Dat het bestuur c.q. de raad van commissarissen zich bij het niet verstrekken van de gevraagde informatie beroept op een zwaarwegend belang van de vennootschap, is in normale gevallen in een besloten persoonsgebonden samenwerkings-BV welhaast denkbeeldig, aangezien het belang van de vennootschap in grote mate parallel loopt met het belang van de samenwerkende partners/aandeelhouders. De vraag is echter of, behoudens het afleggen van rekening en verantwoording in de jaarvergadering, het huidige vennootschapsrecht voorziet in een individueel recht van de aandeelhouder jegens bestuur en raad van commissarissen op informatieverschaffing. Art. 2:217 lid 2 BW gaat daar in elk geval niet van uit. De literatuur is verdeeld.²⁷ De praktijk behelpt zich ook op dit punt met contractuele afspraken tussen aandeelhouders – is de vennootschap (en dus het bestuur) hierbij partij – op basis waarvan de individuele aandeelhouder recht heeft tot inzage van alle boeken en bescheiden, en de bevoegdheid heeft van het bestuur alle nodige inlichtingen te verkrijgen.

Terzijde zij opgemerkt dat ten aanzien van het verlenen van décharge de Hoge Raad een voor besloten verhoudingen niet passend formalisme aan de dag legt. Bij de interne aansprakelijk is er mijns inziens reden voor een nuancering van de regel van art. 2:9 BW en de uitleg van de Hoge Raad in het arrest Staleman,²⁸ waar het nota bene een besloten samenwerking betrof in de vorm van een BV. Voor open verhoudingen is de jaarvergadering de plek en het jaarverslag het medium bij uitstek waarin het bestuur ten opzichte van anonieme aandeelhouders/beleggers rekening en verantwoording aflegt voor het gevoerde beleid. Maar voor besloten verhoudingen, zoals in het arrest van de Hoge Raad inzake Ellem Beheer²⁹ en, zoals gezegd, inzake Staleman, kan men zich afvragen of het niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dat een bestuurder zich niet op een verleende décharge kan beroepen ter

²⁵ HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 (Van den Berge/Verenigde Bootlieden).

²⁶ Zie over deze 'cost company'-constructie of 'voor rekening en risico'-constructie Van Duuren, *a.w.* p. 113 en 114. Bedenklijk is wel dat hierdoor stelselmatig vermogen wordt onttrokken aan de samenwerkings-BV.

²⁷ Zie voor een uitgebreid overzicht Van Duuren, *a.w.* p. 49.

²⁸ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360.

²⁹ HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308.

zake van feiten en omstandigheden die de aandeelhouders/ondernemer ook uit andere hoofde reeds ter ore zijn gekomen zonder dat deze expliciet zijn gemeld in het jaarverslag c.q. tijdig aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn meegedeeld.³⁰ Op zijn minst zou hier op zijn plaats zijn dat als de aangesproken bestuurder kan aantonen dat alle aandeelhouders op de hoogte zijn van de verweten gedraging, op de aandeelhouders de verplichting rust duidelijk te maken waarom zij de bestuurder daarop niet eerder hebben aangesproken.

g. de uittreding uit een persoonsgebonden samenwerkings-BV

De huidige wettelijke regeling van de BV kent bij de geschillenregeling onder omstandigheden de verplichting tot verplichte overdracht (uitstoting) of van verplichte overname (uittreding) van aandelen. De gedachte hierachter is dat een aandeelhouder niet tegen zijn wil opgezadeld mag worden met een medeaandeelhouder c.q. mag worden gedwongen aandeelhouder te blijven, als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De wettelijke geschillenregeling voldoet echter in de praktijk niet: zij is te langdurig, en zij gaat uit van een prijsvaststelling door een of meer deskundigen. Daar staat echter tegenover dat de wettelijke geschillenregeling het subsidiariteitsbeginsel huldigt. Kennen de statuten of een *overeenkomst* een regeling voor de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders, dan moet deze worden toegepast tenzij gebleken is dat deze niet kan worden toegepast. Vaak wordt in min of meer permanente conflictsituaties ook het enquêterecht toegepast teneinde al dan niet voorlopige voorzieningen te verkrijgen. Let wel, het enquêterecht biedt gezien de limitatieve opsomming in art. 2:356 BW niet de mogelijkheid van een definitieve exit voor aandeelhouders. Bij voortdurende conflictsituaties tussen samenwerkende aandeelhouders is uittreding onder de verplichting van een van de partijen tot afname van de aandelen van de ander, voor partijen de beoogde oplossing.³¹ In de literatuur wordt evenwel getwist over de vraag of dit aan een aandeelhouder kan worden opgelegd.

Ten aanzien van de waardering van de aandelen geldt in veel gevallen dat de vaststelling van de waarde van de aandelen moet worden bepaald door een of meer door de rechter aan te wijzen deskundigen. Zie art. 2:195 lid 6, 2:201a, 2:339 en 2:343 lid 1 BW. Daarbij streeft de wetgever naar een objectieve vaststelling van de waarde, wat dat ook moge zijn. De vraag is of dat wel beantwoordt aan hetgeen partijen (in de ORTS) beogen. Waarom zouden zij niet kunnen afspreken op welke wijze de waarde van de aandelen dient te worden bepaald, en welke waarderingmethoden en maatstaven volgens hen daarbij dienen te worden gehanteerd?³²

4 Toevlucht tot de aandeelhoudersovereenkomst?

De oplettende lezer zal hebben opgemerkt dat schrijver dezes zelf geen standpunt inneemt vóór dan wel tégen een bepaalde statutaire regeling c.q. aandeelhoudersovereenkomst. Dat zou, strevend naar een algemeen overzicht van de materie, in het bestek van een tijdschriftartikel ook niet kunnen. Voor een inhoudelijke bespreking van de deelonderwerpen moge ik verwijzen naar de overvloedige literatuur aangaande aandeelhoudersovereenkomsten en

³⁰ In gelijke zin Pitlo/Raaijmakers, § 3.23 p. 216.

³¹ Zie Van Duuren, *a.w.* p. 125.

³² In gelijke zin Van Duuren, *a.w.* p. 126.

stemovereenkomsten.³³ Waar het mij nu omgaat, is de vraag of we met de aandeelhoudersovereenkomst in besloten verhoudingen op de goede weg zijn. Waarom maken we eigenlijk gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten en stemovereenkomsten bij besloten, persoonsgebonden samenwerkings-BV's?

De, zoals Van Duuren het uitdrukt, 'ongeschiktheid van de BV als rechtsvorm voor een joint venture' – hetzelfde geldt mijns inziens voor de quasi-vof BV – leidt in de praktijk tot een groot aantal nadere overeenkomsten en afspraken tussen samenwerkende partners (aandeelhouders/ondernemers) ter aanvulling van de statuten, en soms zelfs met de uitdrukkelijke bedoeling het BV-recht opzij te zetten. In het preadvies *Statuten zonder bezwaar*³⁴ worden in dit verband de volgende soorten aandeelhoudersovereenkomsten naar hun inhoud onderscheiden. Het gaat dan om aandeelhoudersovereenkomsten ter zake van:

- I. de kapitalisatie en de financiering van de vennootschap, waaronder in het bijzonder ook de doorfinancieringsplicht;
- II. het dividendbeleid;
- III. de uitoefening van het stemrecht op de aandelen;
- IV. de samenstelling van het bestuur en een eventuele raad van commissarissen;
- V. het overleg met en de rapportage aan aandeelhouders;
- VI. arbitrageregelingen dan wel andere vormen van contractuele geschillenregelingen;
- VII. het toepasselijke recht.

Waar de praktijk vervolgens mee worstelt is of, en zo ja, in welke gevallen als puntje bij paaltje komt de rechter de met de aandeelhoudersovereenkomst beoogde rechtsgevolgen tussen partijen, maar ook voor de interne deelrechtsorde van de vennootschap zal honoreren. Het antwoord daarop is vanuit oogpunt van rechtszekerheid weinig bemoedigend – een enkel lichtpuntje daargelaten – en wetgeving, jurisprudentie en doctrine leveren het volgende, enigszins diffuse beeld op.

³³ Te beginnen met de bijdrage van J.A.M. ten Berg, 'Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten' in: *Statuten zonder bezwaar*, preadvies KNB 2002, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002 en de daar genoemde literatuur.

³⁴ J.A.M. ten Berg, *a.w.* p. 176.

a. *wetgeving*

Hoewel de wettelijke regeling van rechtspersonen in Boek 2 BW geen regeling kent van de aandeelhoudersovereenkomst – ook niet van de stemovereenkomst – blijkt de wetgever zich terdege bewust van het bestaan van deze ‘rechtsfiguren’. Ik noem de stemovereenkomst in art. 2:24a lid 1 BW, de onderlinge regeling tot samenwerking in de artt. 2:153 lid 3 sub d en 2:155 lid 1 sub b BW, de contractuele geschillenregeling in art. 2:337 BW en de regeling tot samenwerking in art. 2:407 lid 3 en 409 BW. We kunnen constateren dat de aandeelhoudersovereenkomst niet categorisch door de wetgever in de ban wordt gedaan. Evenwel, uitgaande van het dwingendrechtelijke karakter van het BV-recht en de daaruit voortvloeiende prohibatieve interne structuur en ‘checks and balances’, mag een aandeelhoudersovereenkomst er niet toe leiden dat zij bij voortduring de werking van de wet en/of de statuten frustreert. Of zoals uit de standaardjurisprudentie ten aanzien stemovereenkomsten blijkt: de stemovereenkomst mag niet tot maatschappelijk onaanvaardbare consequenties leiden.³⁵ De aandeelhoudersovereenkomst mag ook niet leiden tot gevolgen die een aantasting van de *vennootschapsrechtelijke orde* opleveren. Wanneer het een of het ander in een concrete casus het geval is, is niet in zijn algemeenheid te zeggen.

Bij dit alles speelt een belangrijke rol dat de wettelijke regels – in het bijzonder de wettelijke regels van Boek 2 BW – niet uitsluitend zijn opgesteld met het oog op de samenwerkende aandeelhouders/ondernemers en het door hen in het zadel geholpen bestuur en commissarissen. De dwingendrechtelijke regeling van het recht inzake de kapitaalvennootschappen is er immers niet alleen om de interne verhoudingen tussen ‘gekozen’ aandeelhouders te regelen, maar ook derden die betrokken zijn of geraken bij het wel een wee van de rechtspersoon te beschermen, zoals bestaande en potentiële crediteuren, bestaande minderheidsaandeelhouders, toekomstige aandeelhouders, en bijvoorbeeld dwangvertegenwoordigers, zoals de bewindvoerder en de curator. Zij moeten in beginsel kunnen vertrouwen op de statuten zoals zij deze bij het handelsregister aantreffen. Ook het bestuur en de raad van commissarissen moeten in beginsel in conflictsituaties met de algemene vergadering vanuit hun eigen taken en bevoegdheden bij de vaststelling wat in het belang is vennootschap, de statuten tot uitgangspunt nemen. Zoals hierboven aan de orde kwam, kan men over dit laatste ten aanzien van een ORTS in een quasi-vof BV of een joint venture vennootschap genuanceerd denken indien men niet vasthoudt aan de instituutleer.³⁶

b. *jurisprudentie*

Biedt de jurisprudentie dan helderheid omtrent de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden aandeelhoudersovereenkomsten geoorloofd zijn. Hier is de situatie in zoverre hoopvoller dat ten aanzien van het leerstuk van de stemovereenkomst een aantal richtinggevende arresten zijn geweest die de geoorloofdheid van stemovereenkomsten als rechtsfiguur in elk geval in algemeenheid buiten twijfel stellen. Aan de hand van de arresten van de Hoge Raad inzake Wennex, Distilleerderij Melchers en Aurora³⁷ kan, kort samengevat, het volgende als regel

³⁵ Zie de arresten genoemd in noot 16.

³⁶ Zie hierover Ten Berg, *a.w.* p. 166 en 167, die daarbij verwijst naar Timmerman, ‘Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht’ in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO, Kluwer, Deventer 1991. Vlg. ook de inleidende beschouwing van Van Schilfgaarde, ‘Statuten zonder bezwaar. Bespreking van het preadvies’, *WPNR* 02/6503 p. 639 en H.J. de Kluiver/M. Meinema, *WPNR* 02/6503 p. 649/650.

³⁷ Zie de arresten genoemd in noot 16.

worden aangenomen: het stemrecht is een aan de aandeelhouder toegekend recht om zijn eigen belang te dienen. Gegeven het feit dat hij een volmacht kan verlenen, en overigens niet verplicht is om aan de algemene vergadering deel te nemen, moet worden aangenomen dat hij zich contractueel jegens een medeaandeelhouder of zelfs jegens een derde kan verbinden om op een bepaalde wijze in de algemene vergadering gebruik te maken van het stemrecht. Wel mag een dergelijke stemovereenkomst niet leiden tot gevolgen die maatschappelijk onaanvaardbaar zijn en tot een aantasting van de vennootschappelijke orde. Waar precies de grens ligt, daar laat de jurisprudentie zich niet over uit. Daarvoor moeten we te rade bij de doctrine. Zie hierna.

Waar het mij nu om gaat, is of dit door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt eigenlijk nog wel nog voor alle vennootschappen geldt? Let wel, in alle drie de gevallen betrof het naamloze vennootschappen met een gespreid aandelenkapitaal. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, is het in besloten verhoudingen, zoals bij de quasi-vof en de joint venture, juist niet de bedoeling dat de partners – zich eenmaal gebonden hebbend aan de ORTS en daaruit voortvloeiende nadere afspraken ten aanzien van hun samenwerking - daarna nog vrij zijn om zich jegens anderen te binden omtrent de uitoefening van aandeelhoudersrechten. Sterker nog, de aard van de samenwerking eist nu juist dat niet het eigen belang van de individuele aandeelhouder voorop wordt gesteld, maar dat partijen over en weer versterkte normen van redelijkheid en billijkheid in acht zullen nemen. Daarmee is het ook in strijd dat een aandeelhouder/ondernemer in een quasi-vof BV of joint venture vennootschap geen gebruik maakt van zijn stemrecht c.q. besluitvorming blokkeert. Het leidt minst genomen tot ontbinding van de ORTS en in het ergste geval mogelijk tot reorganisatie van de samenwerkings-BV (splitsing, ontbinding, verkoop aandelen, verkoop activa en passiva of een exit van een van de aandeelhouders).

Een tweede probleem in besloten verhoudingen is dat het de uitdrukkelijke bedoeling van partijen is dat hetgeen partijen hebben vastgelegd in de ORTS ook doorwerkt in de vennootschappelijke verhoudingen. Juist op dit punt biedt de bekende jurisprudentie geen duidelijke aanknopingspunten dat dit effect met enige mate van zekerheid wordt bereikt. Op grond van de arresten van de Hoge Raad inzake Wennex, Distilleerderij Melchers en Aurora blijkt immers het tegenovergestelde. Een van de door de Hoge Raad destijds gehanteerde argumenten voor de geoorloofdheid van de stemovereenkomst was dat de stemovereenkomst geen gevolgen heeft voor de wijze waarop uiteindelijk in de algemene vergadering de stem wordt uitgebracht. Een contraire stem levert in de ogen van de Hoge Raad weliswaar wanprestatie op, maar laat de vennootschapsrechtelijke uitoefening van het stemrecht volledig in tact.³⁸ Dat is ook thans nog de heersende leer.³⁹ In de praktijk is het voor partijen aanleiding om in de stemovereenkomst torenhoge boetebedingen op te nemen. Wat vennootschapsrechtelijk geen werking heeft, wordt langs contractuele weg feitelijk afgedwongen. De stemovereenkomst heeft naar de huidige stand van zaken geen ‘vennootschapsrechtelijk effect’.⁴⁰

³⁸ Ik merk hierbij op dat in het systeem van het rechtspersonen- en vermogensrecht de stem slechts nietig kan zijn, en niet vernietigbaar. De ratio hierachter is dat vernietigbaarheid van de stem tot een te grote rechtsonzekerheid kan leiden voor de geldigheid van het daarop gebaseerde besluit. De redenering past bij grote open verhoudingen, zoals de beursvennootschap, doch knelt in besloten verhoudingen, in het bijzonder in het geval alle aandeelhouders partij zijn bij de stemovereenkomst.

³⁹ Zie voor kritiek hierop J.M. Blanco Fernández, ‘Vennootschapsrechtelijke werking van stemovereenkomsten’, *Ondernemingsrecht* 1999-6 p. 148-151.

⁴⁰ Zie Ten Berg, *a.w.* p. 183.

Enige doorwerking van hetgeen in een aandeelhoudersovereenkomst is geregeld – in het arrest ging het om een afspraak tussen partijen over de wijze waarop de raad van commissarissen in de samenwerkings-BV zou moeten worden samengesteld –, is te vinden in het arrest van de Hoge Raad inzake Chipshol/Van Andel.⁴¹ Of het arrest een voldoende grondslag biedt voor rechtstreekse vennootschapsrechtelijke werking, valt te betwijfelen. Daarvoor is de beslissing te zeer betrokken op deze ene casus. Verder betrof het een kort geding. Belangrijker is echter dat aan de techniek van rechtsvinding die de Hoge Raad in het arrest hanteert, mijns inziens geen algemene regels over de vennootschapsrechtelijke werking van stemovereenkomsten, laat staan van alle aandeelhoudersovereenkomsten te verbinden zijn. Wat de Hoge Raad doet, is dat hij het feitelijke oordeel van het Hof dat er sprake is van een aandeelhoudersovereenkomst en dat er sprake is van een benoeming van een commissaris in strijd met de gemaakte afspraak, overneemt en het door het Hof daaraan verbonden rechtsoordeel in tact laat. Volgens het Hof zou het willens en wetens gebruik maken van de benoeming van de zijde van de commissaris die in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst is benoemd, en het willens en wetens meewerken door de vennootschap dat de contrair benoemde commissaris tegen de wil van de aandeelhouders zijn functie kan uitoefenen, leiden tot een onrechtmatige daad van het type uit het arrest van de Hoge Raad inzake Pos/Van de Bosch:⁴² een derde (C) die willens en wetens gebruik maakt van de wanprestatie van een ander (A), handelt onder omstandigheden tevens onrechtmatig jegens de wederpartij (B) van de ander (A), jegens wie de ander (A) wanprestatie heeft gepleegd. Opvallend is dat het uitblijven van een ontslagbesluit aan de vennootschap zonder meer wordt toegerekend. Van enige toets aan het vennootschappelijk belang is hierbij in het geheel geen sprake. Waarom moet (het bestuur van) de vennootschap, die zelf geen partij is bij de overeenkomst, in actie komen?⁴³

Hoewel in de Nederlandse jurisprudentie een rechtstreekse vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomst geen sprake is, is ook in de jurisprudentie het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst allerminst irrelevant. Met enige moeite zou men van enige doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst op de vennootschappelijke verhoudingen kunnen spreken. Basis van de indirecte doorwerking is dan de brede doorwerking van de redelijkheid en billijkheid. Ik noem het arrest van de Hoge Raad inzake Van den Berge/Verenigde Bootlieden.⁴⁴ De expliciete afspraken tussen de samenwerkende aandeelhouders tevens werknemers van Verenigde Bootlieden BV waren tegen de achtergrond van de persoonsgebonden samenwerking reden om zowel een bepaling van dwingend recht opzij te zetten – in casu art. 2:201 BW – alsmede om een bepaling van dwingend recht dusdanig op te rekken dat er van strijdigheid in dit geval geen sprake meer was – in casu het huidige art. 2:195 lid 8 BW.

Ook bij de toetsing van besluiten aan de redelijkheid en billijkheid worden in voorkomende gevallen de statuten opzij gezet, in het bijzonder wanneer in het geval van een persoonsgebonden samenwerking de versterkte normen van redelijkheid en billijkheid (fraternitas-norm en loyaliteitsplicht) daartoe aanleiding geven. In het

⁴¹ Zie HR 29 november 1996, NJ 1997, 345 (Chipshol/Van Andel).

⁴² HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van de Bosch)

⁴³ In deze zin, terecht, A.L. Mohr, 'Hoe schatplichtig is de vennootschap aan het vrije contractenrecht?' in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 224. Een mogelijke verklaring is te vinden bij C.E. du Perron, *Overeenkomsten en derden*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer 1991, p. 87 en 155.

⁴⁴ Zie noot 13.

bijzonder is de Hoge Raad bereid binnen besloten verhoudingen rekening te houden met nadere contractuele afspraken tussen aandeelhouders bij de vraag of een besluit binnen de deelrechtsorde van de rechtspersoon in strijd is met redelijkheid en billijkheid. Een inmiddels klassiek voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad naar aanleiding van de enquête bij Sluis BV:⁴⁵ het weigeren mee te werken aan het wijzigen van de statuten – in casu betrof het de statutaire bepaling dat 50% van de jaarlijkse winst diende te worden gereserveerd – terwijl het vennootschappelijk belang met ongewijzigde statuten niet was gediend – de vennootschap had voldoende eigen vermogen en voor verdere reservering bestond geen economische noodzaak –, kan onder omstandigheden wanbeleid van de *algemene vergadering van aandeelhouders* opleveren.⁴⁶ Het arrest is met de woorden van Ten Berg ‘een mooi voorbeeld van een casus waarbij – in dit geval via een enquêteprocedure – statutaire bepalingen buiten werking kunnen worden gesteld omdat handhaving en naleving daarvan, mede gezien de onderlinge afspraken waarop de statuten uiteindelijk zijn gebaseerd, strijdig kan zijn met het vennootschappelijk belang.’⁴⁷ Ook de rechtspraak van de Ondernemingskamer laat gevallen zien, uiteraard zou men bijna geneigd zijn te zeggen omdat aandeelhoudersovereenkomsten nu eenmaal een belangrijk bestanddeel zijn van de ondernemingspraktijk, waarbij het bestaan van een of meer afspraken tussen aandeelhouders relevant zijn. Illustratief hiervoor zijn de arresten van de Ondernemingskamer inzake Cromwilld/Versatel en Gorillapark: in beide gevallen betrof het een aandeelhoudersovereenkomst ter zake van de (door-)financiering van de joint venture vennootschap.⁴⁸ Het bestaan van een samenwerkingsovereenkomst tussen aandeelhouders werd ook verondersteld in de uitkoopprocedure inzake Fres-Co.⁴⁹

Als we een conclusie hieraan mogen verbinden, is het dat er in gevallen van besloten en persoonsgebonden samenwerking in een BV goede gronden bestaan de statuten van de BV subjectief, d.w.z. naar de bedoelingen van de oprichters en eventuele latere aandeelhouders, uit te leggen.⁵⁰ De aard van de samenwerking en de wijze waarop partijen de samenwerking vorm hebben gegeven door het aangaan van een ORTS en de oprichting van een BV als de rechtsvorm waarin het persoonlijk ondernemerschap wordt geïncorporeerd, vormt het richtsnoer voor de uitleg van de statuten, en bepalen daarmee feitelijk hoe de norm van art. 2:8 BW in besloten verhoudingen moet worden ingekleurd. Immers, de statuten zijn instrumenteel aan de samenwerking en niet andersom. Het betekent dat men zich ten aanzien van de uitleg van de statuten niet kan beperken tot een objectieve en strikt grammaticale lezing van de tekst van de statuten. Het is immers geen beursvennootschap. Aan de hand van de ‘Haviltex’-formule⁵¹ zal men bij de uitleg van intern-organisatorische regels in de statuten van de persoonsgebonden samenwerkings-BV dienen te achterhalen wat de

⁴⁵ HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51.

⁴⁶ Als eindvoorziening ligt dan voor de hand overdracht van de aandelen ten titel van beheer en vervanging van de weigerachtige bestuurder, teneinde de benodigde besluiten voor statutenwijziging alsnog te kunnen nemen.

⁴⁷ Ten Berg, *a.w.* p. 171.

⁴⁸ Zie noot 17 respectievelijk 18.

⁴⁹ De zaak was wellicht anders komen te liggen indien feitelijk was komen vast te staan dat er tussen de aandeelhouders geen sprake meer was van enige samenwerking. Zie hierover M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Aandehoudersgeschillen in persoonsgebonden samenwerking en uitkoop’, *AA* 51 (2002) 11, p. 828.

⁵⁰ Zie Pitlo/Raaijmakers § 1.96 p. 69, Van Duuren, *a.w.* p. 65 e.v. in het bijzonder p. 70. Zie ook J.M. Smits, ‘Over de uitleg van statuten ener rechtspersoon; een deels rechtsvergelijkende bijdrage’, *S&V* 1999 p. 123-127.

⁵¹ Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

motieven en bedoelingen zijn van degenen die de statuten hebben opgesteld. Het gegeven dat er sprake is van een persoonsgebonden samenwerking met de daarbij gebruikelijke afspraken in een ORTS c.q. aandeelhoudersovereenkomsten is dan bepaald richtinggevend, zo niet maatgevend.

c. doctrine

De overvloedige literatuur inzake aandeelhoudersovereenkomsten en stemovereenkomsten hebben er door de jaren heen niet toe geleid dat er ten aanzien van de geoorloofdheid van aandeelhoudersovereenkomsten en stemovereenkomsten, en de beoogde werking op de interne vennootschapsrechtelijke verhoudingen een duidelijk beeld is ontstaan. Wel zijn er opvattingen dat deze of gene overeenkomst in dit geval wel dan wel niet geldig is. Dat het niet mag leiden tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen daar is iedereen het wel over eens, en ook de bekende voorbeelden worden regelmatig van commentaar voorzien. Verboden is stemmenkoop, een stemovereenkomst die zo algemeen is dat de aandeelhouder elke vorm van een eigen weging ten aanzien alle onderwerpen binnen de vennootschap voor nu en in de toekomst is ontnomen. Stemovereenkomsten moeten derhalve zien op concrete gevallen.⁵²

Een poging tot een meer algemene verklaring voor de werking van aandeelhouders- en stemovereenkomsten is gedaan door Blanco Fernández en De Kluiver en Meinema. In de ogen van Blanco Fernández is de heersende leer ten aanzien van stemovereenkomsten in haar algemeenheid onjuist.⁵³ In zijn opvatting leidt schending van de stemafpraak tevens tot een ongeldig besluit, en daarmee heeft de stemovereenkomst rechtstreekse vennootschapsrechtelijke werking. Het moge de lezer duidelijk zijn dat schrijver dezes het – althans voor besloten verhoudingen – roerend met hem eens is. De vennootschappelijk werking van de stemovereenkomst vindt naar zijn mening haar verklaring in het feit dat tussen de aandeelhouders en de algemene vergadering een zekere identiteit bestaat die rechtvaardigt dat de algemene vergadering niet mag handelen in strijd met de overeenkomst. Hij doet daarvoor een beroep op een analyse van buitenlandse rechtspraak en op het failliet van de institutionele leer. De geconstateerde identiteit bestaat hierin dat de leden van de algemene vergadering en de contractspartijen mogelijk dezelfde personen zijn. Deze identiteit – het moge duidelijk zijn – is mijns inziens in elk geval aanwezig in het geval van een persoonsgebonden samenwerkings-BV. Dan is het ook niet nodig dat de vennootschap zelf partij is om rechtstreekse doorwerking te bewerkstelligen. De opvatting van Blanco Fernández verklaart echter niet dat, en waarom een stem vernietigbaar kan zijn, en waarop dat per definitie moet leiden tot ongeldigheid van het daarop gebaseerde besluit. Inpassing van zijn opvatting in het huidige rechtspersonenrecht behoeft mijns inziens verdere overdenking.

Een tweede poging tot een algemene verklaring voor de geoorloofdheid van aandeelhoudersovereenkomsten en de daaraan verbonden vennootschapsrechtelijke werking is van De Kluiver en Meinema.⁵⁴ Hun opvatting komt er kort gezegd op neer dat men steeds kan en moet onderzoeken of een bepaald recht of bevoegdheid van de individuele aandeelhouder aan hem is gegeven in zijn *eigen* belang, en waarbij de

⁵² Zie voor een overzicht P.J. Dortmund, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, inaugurele rede Universiteit Leiden, Kluwer, Deventer 2000.

⁵³ Blanco Fernández, *t.a.p.*

⁵⁴ 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* 02/6503 p. 648-659.

belangen van derden in geval uitoefening niet in het gedrang kunnen komen. Is dat het geval, dan heeft de aandeelhouder de bevoegdheid om van zijn recht of bevoegdheid afstand te doen. De vraag is dan of men niet alleen afstand kan doen van vermogensrechten, doch ook van vennootschapsrechtelijke bevoegdheden?⁵⁵ Analoge toepassing van het leerstuk van afstand van recht is ook bij een vennootschapsrechtelijke bevoegdheid mogelijk, omdat ook in het vennootschapsrecht bepaalde bevoegdheden aan de aandeelhouder toekomen om zijn eigen belang te dienen. Vervolgens geven zij een aantal voorbeelden waarin dat het geval is. Daarin zit mijns inziens ook de zwakte van de analyse: het geeft geen algemene verklaring, en bovendien is het nogal arbitrair of een bepaalde bevoegdheid aan de aandeelhouder toekomt in zijn eigen belang of juist niet (wie bepaalt dat, en op welk moment?).

De zo juist kort weergegeven verklaringen zijn echter geen gemeengoed. De praktijk ontleent er wellicht voor een bepaald geval enige steun aan ter verdediging van het standpunt dat een bepaalde aandeelhoudersovereenkomst wel of niet geoorloofd is, en zo ja, welke vennootschapsrechtelijke werking daaraan verbonden is, of zou moeten zijn. En zo is het – ook volgens De Kluiver en Meinema – bedoeld.⁵⁶ Ondertussen leidt het af van waar het ook om moet gaan, namelijk om het vinden van een adequate rechtsvorm voor de in een rechtspersoon geïncorporeerde persoonsgebonden samenwerking. Dat de wetgever hiervoor oog heeft, blijkt uit de aangekondigde herziening van de structuurregeling.⁵⁷ Het wetsontwerp met betrekking tot een nieuwe titel 7.13 BW inzake de personenvennootschappen helpt, in de huidige stand, ook niet. De hoofdelijke aansprakelijkheid zit partijen hier in de weg, ook als het een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid betreft.⁵⁸

5 ‘Incorporation by reference’

Is eenmaal de horde genomen dat deze of gene aandeelhoudersovereenkomst geoorloofd is, dan zal nog moeten worden bepaald waar de aandeelhoudersovereenkomst kan c.q. moet worden opgenomen. Zo bestaat er in het bijzonder in besloten verhoudingen wel eens de behoefte bij (een van) de partners – zeker wanneer deze afkomstig is uit de Angelsaksische of Amerikaanse rechtscultuur – bepaalde zaken te willen opnemen in de statuten. Het notariaat is daar bepaald terughoudend in. Terughoudendheid zou mijns inziens ook dienen te worden betracht – althans zolang het wettelijke BV-statuut nog niet is aangepast – om in de statuten te verwijzen naar aandeelhouders- of stemovereenkomsten. Een argument daarvoor is onder andere dat de gepubliceerde statuten de voor de vennootschap geldende regels moeten weergeven zoals deze gelden voor alle bij de vennootschap betrokken personen in het belang van de rechtszekerheid. De statuten zijn niet zonder meer duidelijk, indien in de statuten bepalingen staan die niet aan de wet voldoen, of niet passen binnen de mogelijkheid die de wet geeft, om van de statuten af te wijken. Daarmee is nog niet gezegd dat deze specifieke aandeelhoudersovereenkomst die in de statuten wordt opgenomen, ook onverbindend is. Wel dat het voor derden en wellicht ook op den duur voor partijen minder of niet duidelijk is wat nu precies tot de statutaire regeling kan worden gerekend en wat tot de contractuele regeling. Een

⁵⁵ Zie De Kluiver en Meinema, *t.a.p.* p. 652.

⁵⁶ De Kluiver en Meinema, *t.a.p.* 659.

⁵⁷ Zie hierover mijn bijdrage in *S&V* 2002/3.

⁵⁸ Zie wetsvoorstel 28 746, art. 813.

ander nadeel is dat door het opnemen van aandeelhoudersovereenkomsten in de statuten, de mogelijkheid van partijen om zonder statutenwijziging deze aandeelhoudersovereenkomst te wijzigen of zelfs buiten werking te stellen, minder flexibel is. De vraag is immers of dan statutenwijziging vereist is, en zo nee, wat is de gelding van de in de statuten opgenomen contractuele regeling als partijen bij de aandeelhoudersovereenkomst deze hebben gewijzigd of zelfs wensen te beëindigen. Ook de wel voorkomende techniek van ‘incorporation by reference’ is om bovenstaande redenen niet zonder bedenkingen. Bedenklijk is ook dat, gegeven de huidige stand van het vennootschapsrecht, de BV aan ontbinding bloot staat omdat mogelijkserwijs de statuten niet meer voldoen aan de eisen der wet. Wellicht dat dit in de praktijk minder speelt, omdat de rechter een t erme de gr ace kan gunnen om de statuten alsnog aan te passen. Maar in feite zijn partijen dan terug bij af. Belangrijker is echter dat mede op basis van deze statuten genomen besluiten blootstaan aan vernietiging, of zelfs nietigheid.

6 Conclusie

Hierboven kwam aan de orde of samenwerkende aandeelhouders nadere contractuele afspraken kunnen maken ter aanvulling of afwijking van de wet en/of de statuten van de samenwerkings-bv. Uit oogpunt van rechtszekerheid gaf de wet, jurisprudentie en de doctrine een wat pessimistisch beeld. Waar precies de grenzen liggen welke aandeelhoudersovereenkomsten geoorloofd zijn en welke niet, valt in algemeenheid niet te zeggen. Wat er precies in de statuten kan worden opgenomen zonder dat de statuten niet aan de eisen der wet voldoen – de vennootschappelijke orde inclusief – is ook niet zonder meer zonneklaar. De vraag naar de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten op de vennootschappelijke inrichting van de samenwerkings-BV is, een aantal lichtpunten in de jurisprudentie daargelaten, tot op heden ook nog niet volledig uitgekristalliseerd, zodat ook daar rechtsonzekerheid blijft bestaan. Hoewel de doctrine ten aanzien van de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten een zekere creativiteit aan de dag legt – zie de twee besproken technieken –, lijkt het een weinig zinvolle exercitie – zoals recentelijk weer is gebleken naar aanleiding van de beschouwingen rond de Wet herziening preventief toezicht – aandeelhoudersovereenkomsten in te passen in het bestaande vennootschapsrecht.⁵⁹ Het dwingendrechtelijke karakter dwingt hier echter wel toe. Voor de praktijk is en blijft de aard en geldigheid, en de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten een belangrijk onderwerp, zolang het areaal van voor ondernemers ter beschikking staande rechtsvormen niet is aangevuld met een flexibele rechtsvorm die contractuele vrijheid ten aanzien van de interne structuur van de rechtsvorm combineert met rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid. Juist hier is de rechtszekerheid, maar ook de rechtsefficiency gebaat bij een

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld de bijdrage van H.J. Portengen ‘A aandeelhoudersovereenkomst als kwaliteitseis?’, *WPNR* 02/6514 p. 842-847, die – als ik er iets van begrepen heb – de lezers laat weten het antwoord ook niet te weten en daarom bij het redigeren van de statuten er niet eens aan begint. Ik moet dan altijd weer denken aan de oratie van A.L. Mohr – ook een man van de praktijk – die onder andere ten aanzien van het onderwerp van de stemovereenkomst verzuchtte: ‘Laten we wel zijn: over de relatieve zekerheden die het recht te bieden heeft, moet toch – ook waar het de niet aanstonds heldere leerstukken betreft – met enige gezamenlijke inspanning méér te zeggen zijn dan over het weer!’. Zie Mohr, *a.w.* p. 28. Ik constateer dat we tien jaar later – de oratie was van 1993 – ten aanzien van dit onderwerp in elk geval niet veel zijn opgeschoten. Sterker nog het beeld is na het arrest van de Hoge Raad inzake Chipshol/Van Andel zelfs nog waziger geworden.

herziening van het BV-statuut waarbij een *contractuele* rechtspersoon wordt gecreëerd waarvan de interne inrichting ter vrije dispositie staat van partijen met beperkte aansprakelijkheid, en waarbij er een minimumregeling in de wet wordt opgenomen met betrekking tot de externe verhoudingen ter bescherming van crediteuren. Het een en ander zou dan op passende wijze dienen te worden gepubliceerd op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van de samenwerkende partners. Anders dan Ten Berg ben ik bepaald niet pessimistisch dat in de niet al te verre toekomst een grondige herziening van het BV-recht zijn beslag krijgt. De roep om versoepeling van het BV-recht wordt immers van verschillende kanten steeds luider.