

## Hoe verhoudt artikel 2:107a BW zich tot het BV-recht?

### Inleiding

Op 1 februari 2006 heeft de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam zich uitgesproken in een zaak waarin de algemene vergadering van aandeelhouders buitenspel werd gezet bij overdracht van alle activa en passiva van een besloten vennootschap. Het hof beschreef dit in haar uitspraak<sup>1</sup> als een schending van elementaire beginselen van ondernemerschap. Indien hiervoor gemelde feiten zich hadden voorgedaan bij een naamloze vennootschap, zou artikel 2:107a BW van toepassing zijn geweest. In artikel 2:107a BW wordt een aantal besluiten genoemd waarvoor het bestuur goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig heeft. Het Burgerlijk Wetboek kent echter niet een dergelijke bepaling voor de BV.

In het volgende artikel zal worden toegelicht hoe het Hof Amsterdam tot haar uitspraak is gekomen en hoe de wetgever de verhouding tussen artikel 2:107a BW en het BV-recht ziet. Vervolgens zal besproken worden hoe de rechtspraak hiermee omgaat, nu er geen wettelijke regeling voor de BV is.

### Feiten

De casus in de hiervoor genoemde uitspraak luidt, enigszins vereenvoudigd weergegeven, als volgt. Vennootschap A kent één bestuurder, alsmede één commissaris. De bestuurder is tevens een van de aandeelhouders. Deze bestuurder van vennootschap A heeft ook een indirect belang van 50% in vennootschap B, die op haar beurt een belang van 70% heeft in de vennootschappen C en D. Vennootschap B is tevens enig bestuurder van de vennootschappen C en D. Per 1 januari 2003 zijn alle activiteiten met betrekking tot het uitvoeren van werkzaamheden op het gebied van grond-, water- en wegenbouw van vennootschap A overgedragen aan vennootschap C en alle activiteiten met betrekking tot de verhuur van materieel overgedragen aan vennootschap D. Hiervoor is een koopprijs betaald. De arbeidsovereenkomsten van vennootschap A zijn overgegaan naar vennootschap C. De orderportefeuille van vennootschap A is overgegaan op de vennootschappen C en D. In de statuten van vennootschap A wordt niet vermeld dat dergelijke besluiten de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeven.

In het kader van de besluitvorming is niets schriftelijk vastgelegd. Overleg over de overdracht van de bedrijfsactiviteiten en activa tussen de directie en commissaris heeft slechts mondeling plaatsgevonden. Over dit besluit

---

1. Hof Amsterdam 1 februari 2006, JOR 2006, 122.

heeft met de andere aandeelhouders geen overleg plaatsgevonden. Ook hebben de andere aandeelhouders geen inzicht gekregen in de aard en omvang van de transactie. De directie en commissaris hebben hiertoe besloten op grond van drie overwegingen. Zij zijn van mening dat de genomen maatregelen uitgevoerd zijn in het belang van de vennootschap. Zonder deze maatregelen zou de vennootschap volgens hen failliet zijn gegaan. Voorts vinden zij dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders blijvend verstoord zijn. Dit heeft de besluitvorming in de algemene vergaderingen reeds geruime tijd belemmerd. Hierdoor zijn de directie en commissaris er stellig van overtuigd dat het in het belang van de vennootschap was om de andere aandeelhouders niet op de hoogte te stellen. Tevens menen zij dat de statuten geen bepalingen bevatten die goedkeuring van de aandeelhouders vereisen.

### Overwegingen

Het hof overweegt dat de transactie waarin de vennootschap al haar bedrijfsactiviteiten en activa overdraagt, de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap niet kan doorstaan. Het hof overweegt in dit verband dat:

‘ (...) niet kan worden aanvaard dat het bestuur van een vennootschap een transactie tot stand brengt waardoor de vennootschap al haar activiteiten kwijt raakt en daarmee in feite een einde maakt aan de door haar in stand gehouden onderneming zonder overleg met en deelneming aan de besluitvorming door haar aandeelhouders.’<sup>2</sup>

Het hof komt tot de conclusie dat de door de directie en commissaris gegeven rechtvaardigingen niet baten. De verstoorde verhouding tussen de aandeelhouders mag volgens het hof geen aanleiding zijn om deze buiten het overleg en de besluitvorming te houden. Het hof is van mening dat dit blijkt geeft van een ontoelaatbare vorm van eigenrichting.

### Artikel 2:107a BW

Artikel 2:107a Burgerlijk Wetboek luidt als volgt:

‘1. Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval:

- a. overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde;
- b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een comman-

ditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;

c. het nemen of afstoten van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa volgens de balans met toelichting of, indien de vennootschap een geconsolideerde balans opstelt, volgens de geconsolideerde balans met toelichting volgens de laatste vastgestelde jaarrekening van de vennootschap, door haar of een dochtermaatschappij.

2. Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aan.’

Alhoewel dit wetsartikel is voorgesteld in verband met de aanpassing van de structuurregeling, is dit artikel van toepassing op alle naamloze vennootschappen.<sup>3</sup> In het wetsvoorstel was oorspronkelijk ook een bepaling voor de BV opgenomen. Deze is echter weggelaten met de volgende overweging:

‘VNO-NCW heeft in zijn commentaar op het wetsvoorstel aangegeven het invoeren van een verplicht goedkeuringsrecht bij besloten vennootschappen niet passend te vinden. In besloten vennootschappen is er geen reden om een goedkeuringsrecht wettelijk voor te schrijven omdat de aandeelhouders doorgaans dicht bij het management van de onderneming betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden, aldus VNO-NCW. Toevoeging van een goedkeuringsrecht voor besloten vennootschappen zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets toevoegen. Deze argumenten overtuigen. Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Daarvoor is een wettelijk goedkeuringsrecht niet nodig. Van een behoefte op dit punt aan een wettelijke regeling is in de praktijk ook niet gebleken.’<sup>4</sup>

Deze overweging is mijns inziens niet overtuigend.<sup>5</sup> De aandeelhouders in een BV kunnen dicht bij het management betrokken zijn, maar dit hoeft zeker niet zo te zijn, zoals ook uit de hiervoor beschreven zaak blijkt. Het argument van de statutaire beperking is interessant. Zou

3. Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 51, brief van de minister van Justitie, p. 1.

4. Kamerstukken II 2000/03, 28 179, nr. 5, nota naar aanleiding van het verslag, p. 19.

5. Ook zo: W. Bosse, Gevolgen ontbreken goedkeuring algemene vergadering voor ingrijpende bestuursbesluiten (art. 2:107a lid 2 BW): wetgever contra systeem van de wet en Hoge Raad, WPNR (2004) 6595, p. 835.

2. Hof Amsterdam 1 februari 2006, JOR 2006, 122, r.o. 3.3.

hieruit afgeleid kunnen worden dat indien statutair niets is overeengekomen, goedkeuring van de aandeelhouders klaarblijkelijk niet noodzakelijk is voor bijvoorbeeld de overdracht van alle activa van een BV door het bestuur? Indien dit zo zou zijn, zou de hiervoor beschreven zaak een heel andere uitkomst krijgen. Het hof had dan in plaats van te toetsen aan de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap slechts naar de statuten behoeven te kijken. Indien in de statuten hierover niets geregeld is, zou het bestuur in deze zienswijze geen toestemming nodig hebben van de algemene vergadering om alle activa van de BV over te dragen.

In de literatuur<sup>6</sup> wordt algemeen aangenomen dat bij de beantwoording van de vraag welk orgaan bevoegd is, en zowel de wet als de statuten daarover zwijgen, het antwoord gebaseerd dient te worden op artikel 2:217 BW voor de bevoegdheden van de algemene vergadering en artikel 2:239 BW voor de bevoegdheden van het bestuur. Daarbij wordt opgemerkt dat bevoegdheden die wezenlijk zijn voor de vennootschapsstructuur, of de beschikking over een belangrijk deel van de onderneming betreffen, eerder onder de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders vallen dan onder de bevoegdheden van het bestuur.

Deze opvatting uit de literatuur geldt zowel voor de BV als de NV. Ook in de jurisprudentie<sup>7</sup> met betrekking tot de NV werd reeds voor de invoering van artikel 2:107a BW aangenomen – in lijn met de heersende leer in de literatuur – dat beslissingen die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap, of beslissingen over de beschikking van een wezenlijk deel van de onderneming, tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders behoren. Het lijkt mij niet wenselijk om hierin onderscheid te maken door voor de NV wel een wettelijke bepaling op te nemen en voor de BV niet.

De Rechtbank Almelo komt in een uitspraak over een BV op een vreemde conclusie uit.<sup>8</sup> In deze zaak draagt de enige bestuurder van een BV alle activa van deze BV over aan zichzelf. Aan deze overdracht ligt geen aandeelhoudersbesluit ten grondslag. De rechtbank concludeert dat de overdracht heeft plaatsgevonden zonder dat daaraan een geldig besluit van de aandeelhoudersvergadering ten grondslag ligt, en dat deze overdracht derhalve nietig is. Naar mijn mening oordeelt de rechtbank terecht dat de bestuurder niet zonder goedkeuring van de aandeelhouders alle activa kan overdragen, maar mijns inziens is het

gevolg dat de rechtbank daaraan verbindt niet correct. In de noot<sup>9</sup> bij deze uitspraak wordt terecht opgemerkt dat het ontbreken van een goedkeuringsbesluit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aantast. Met andere woorden, het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering heeft geen externe werking.<sup>10</sup>

### Conclusie

Zoals blijkt uit de twee genoemde uitspraken, is het volgens mij wenselijk om ook voor de BV een wettelijke regeling te hebben zoals voor de NV in artikel 2:107a BW is omschreven. De aandeelhouders van een BV kunnen verder van het bestuur af staan dan de wetgever zich realiseert. Indien in de statuten geen bepaling is opgenomen, zou verwarring kunnen ontstaan over de beslissingsbevoegdheid met betrekking tot besluiten tot overdracht van de activa van een onderneming of andere in artikel 2:107a BW opgesomde besluiten. Uit de jurisprudentie blijkt dat het bestuur van een BV er in geval van een overdracht van alle activa verstandig aan doet om een dergelijk besluit ter goedkeuring aan de aandeelhouders voor te leggen. Echter, artikel 2:107a BW bestrijkt meer situaties dan een overdracht van alle activa, zoals het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon of vennootschap of het nemen of afstoten van een materiële deelneming. Onduidelijkheid over de vraag of besluiten daartoe bij gebreke van een statutaire regeling al dan niet aan aandeelhoudersgoedkeuring zijn onderworpen, is mijns inziens onwenselijk. De lijn in de literatuur is dat de aandeelhouders in deze gevallen hun toestemming moeten geven. De ratio daarachter is dat voor besluiten die wezenlijk zijn voor de vennootschapsstructuur, of de beschikking over een wezenlijk deel van de onderneming betreffen, de beslissingsbevoegdheid bij de aandeelhoudersvergadering behoort te liggen in plaats van bij het bestuur. De besproken uitspraken van het Hof Amsterdam en de rechtbank te Almelo stemmen voor wat betreft de overdracht van alle activa hiermee overeen. De wetgever had hier duidelijkheid kunnen scheppen door een artikel vergelijkbaar met artikel 2:107a BW voor de BV in de wet op te nemen.

*Mr. F.E.K. Bentschap Knook LL.M.  
Stibbe*

6. Zie bijvoorbeeld: Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 259 en Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 231.

7. Zie bijv. HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (HBG) en noot bij ditzelfde arrest van J.M.M. Maeijer onder 2.

8. Rb. Almelo 22 oktober 2003, JOR 2003, 279 r.o. 5.

9. Rb. Almelo 22 oktober 2003, JOR 2003, 279, noot van G.J.C. Rensen onder 2.

10. Ook zo: M.W. Josephus Jitta, Schuitje varen, theetje drinken, varen wij door het polderland, *Ondernemingsrecht* 2002-3/4, p. 74.