

# Bevestiging van een vernietigbaar besluit: het domino-effect

*Mr. drs. J. A. Spijksma* \*

## Inleiding

Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon genomen in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, is vernietigbaar (art. 2:15 lid 1 sub a BW). De wet biedt het orgaan dat het gebrekkige besluit genomen heeft, de mogelijkheid dit te herstellen door het besluit te bevestigen (art. 2:15 lid 6 BW). Voor het bevestigingsbesluit gelden dezelfde vereisten als voor het te bevestigen besluit.

Niet ondenkbaar is dat ook na de bevestiging een vordering wordt ingesteld om het aanvankelijk gebrekkige besluit (en het bevestigingsbesluit) te vernietigen, zoals blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2009 (Hay Group).<sup>1</sup> In deze zaak staat centraal een besluit tot ontslag van een bestuurder dat later is bevestigd. De Hoge Raad beantwoordt in zijn arrest de vraag op welke wijze wordt getoetst of het bevestigingsbesluit het gebrek van het eerdere besluit heeft kunnen wegnemen.

## Casus

De casus laat zich op basis van de uitspraak van de Hoge Raad, voor zover van belang, als volgt samenvatten. De Hay Group is een internationaal opererend onderzoeks- en adviesbureau. Binnen de Hay Group is Hay Group Investments Holding B.V. (hierna: HGIH) een subholding, met Hay Group Partners Holding B.V. (hierna: HGPH) als enig aandeelhoudster. Schneider is bestuurder van HGIH. De aandelen in HGPH zijn in handen van een op Bermuda gevestigde limited met 128 aandeelhouders.

Het voortraject van het ontslag van Schneider speelt zich af bij de Bermudaanse topvennootschap. Het leidinggevend orgaan van die vennootschap neemt tijdens een bijeenkomst op 5 en 6 december 2003 het besluit om Schneider, die sinds januari 1978 bestuurder bij HGIH is, te ontslaan. Schneider is bij de vergadering niet aanwezig, maar wordt wel 's avonds op 6 december 2003 door een zekere Maurer (wel aanwezig bij de bijeenkomst, zij het dat hij niet in enige hoedanigheid aan de beslissing om Schneider te ontslaan heeft bijgedragen) telefonisch op de hoogte gebracht van deze beslissing.

In de periode daarna worden de volgende besluiten genomen:

1. Op 7 december 2003 (de dag nadat Schneider op de hoogte is gebracht dat hij zal worden ontslagen) neemt HGPH in haar hoedanigheid van enig aandeelhoudster van HGIH en buiten vergadering het besluit om Schneider met onmiddellijke ingang te ontslaan en alle overige bestuurders van HGIH met onmiddellijke ingang te schorsen.
2. Op 17 december 2003 heft de aandeelhoudersvergadering van HGIH door middel van een besluit buiten vergadering de schorsing van twee bestuurders met onmiddellijke ingang op.
3. Op 5 januari 2004 bevestigt de aandeelhoudersvergadering van HGIH het buiten vergadering genomen besluit tot ontslag van Schneider. Schneider is voor deze aandeelhoudersvergadering uitgenodigd om gehoord te worden over zijn ontslag en om zijn raadgevende stem uit te brengen, maar verschijnt niet.
4. Op 9 februari 2004 ten slotte vindt een bestuursvergadering van HGIH plaats, waarin de twee overgebleven en niet (meer) geschorste bestuurders het besluit nemen om de arbeidsovereenkomst met Schneider met onmiddellijke ingang te beëindigen.

Schneider vordert vernietiging van het besluit van 7 december 2003. Hij voert daarbij aan dat hij niet in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord en om zijn raadgevende stem als bestuurder op de voet van artikel 2:227 lid 4 BW uit te brengen. Eveneens vordert hij vernietiging van de besluiten van 5 januari 2004 en 9 februari 2004. Hij is weliswaar zelf voor de vergadering van 5 januari 2004 uitgenodigd, maar de overige bestuurders niet. Wel moet worden aangenomen dat voor wat betreft het ontslag- en schorsingsbesluit van 7 december 2003 zij in de gelegenheid zijn gesteld van hun adviesrecht gebruik te maken.

## Vernietigbaarheid ontslagbesluit

Het besluit van 7 december 2003 van aandeelhouder HGPH om Schneider te ontslaan is genomen buiten vergadering. In het arrest Janssen Pers<sup>2</sup> beslist de Hoge Raad over het karakter van een op de voet van artikel 2:238 BW door aandeelhouders buiten vergadering genomen besluit. Artikel 2:238 BW eist voor besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering

\* Mr. drs. J.A. Spijksma is advocaat bij Stibbe.

1. HR 22 december 2009, JOR 2010, 40.

2. HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 (Janssen Pers).

onder meer dat de aandeelhouders met algemene stemmen besluiten en hun stem schriftelijk uitbrengen. Daarnaast is besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in een vergadering slechts mogelijk indien de statuten van de vennootschap dat toestaan en geen met medewerking van de vennootschap certificaten op naam van aandelen zijn uitgegeven. In het geval van slechts één aandeelhouder, zoals in de Hay Group-zaak het geval is, is voldoende dat het genomen besluit schriftelijk wordt vastgelegd. In Janssen Pers beslist de Hoge Raad dat een besluit van aandeelhouders genomen buiten vergadering kwalificeert als een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders (het orgaan). Daarmee zijn de bepalingen die de totstandkoming van dergelijke besluiten betreffen, waaronder artikel 2:227 lid 4 BW, onverkort van toepassing.

Artikel 2:227 BW bepaalt wie bevoegd is de algemene vergaderingen bij te wonen. Lid 4 bepaalt dat bestuurders en commissarissen als zodanig in de algemene vergaderingen een raadgevende stem hebben. Volgens de rechtspraak is de ratio van deze bepaling dat bestuurders (en commissarissen) in de gelegenheid moeten worden gesteld van hun visie op een door de algemene vergadering voorgenomen besluit te doen blijken, opdat aandeelhouders daarmee rekening kunnen houden.<sup>3</sup> Deze regel is op grond van artikel 2:25 BW van dwingend recht, tenzij aan de regel wordt gederogeed door de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.<sup>4</sup> Niet-naleving van artikel 2:227 lid 4 BW brengt mee dat het desbetreffende besluit vernietigbaar is op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW. In dat geval is het besluit immers genomen in strijd met een wettelijke (en mogelijk ook statutaire) bepaling die het tot stand komen van het besluit regelt.

De raadgevende stem die een bestuurder op grond van artikel 2:227 lid 4 BW toekomt, dient overigens te worden onderscheiden van het horen van een bestuurder bij een voorgenomen besluit tot ontslag. Het raadplegen van een bestuurder geschiedt in het belang van het functioneren van de vennootschap, daar waar het horen van een bestuurder plaatsvindt ten behoeve van zijn persoonlijk belang.<sup>5</sup> Het recht om gehoord te worden is niet expliciet in de wet opgenomen, maar wordt afgeleid uit artikel 2:8 BW.<sup>6</sup> Aangenomen wordt dat de hoorplicht ook van toepassing is in de situatie waarin aandeelhouders buiten vergadering besluiten.<sup>7</sup> In deze zaak gaat de Hoge Raad echter niet in op de hoorplicht en de gevolgen van niet-

naleving daarvan. De hoorplicht zal daarom verder buiten beschouwing worden gelaten.

Het voorgaande brengt met zich dat artikel 2:227 lid 4 BW ter zake het ontslagbesluit van 7 december 2003 van toepassing is, ook al is het besluit buiten vergadering genomen. De Hoge Raad wijst in dit kader onder meer op het aanhangige wetsvoorstel 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht', waarin de mogelijkheid van bestuurders en commissarissen om hun raadgevende stem uit te brengen bij besluitvorming buiten vergadering met zoveel woorden tot uitdrukking komt.<sup>8</sup> Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat Schneider niet in de gelegenheid is gesteld van zijn raadgevende stem gebruik te maken (waarbij het er kennelijk om gaat of aan de bestuurder (voldoende) gelegenheid is geboden om van de bevoegdheid van art. 2:227 lid 4 BW gebruik te maken).<sup>9</sup> Deze niet-naleving van artikel 2:227 lid 4 BW maakt het besluit in beginsel vernietigbaar. Vermoedelijk heeft juist om die reden de bevestiging van het besluit op 5 januari 2004 plaatsgevonden.

### Bevestiging van een vernietigbaar besluit

Een vernietigbaar besluit kan, omdat de vernietigingsgrond verband houdt met de wijze van totstandkoming van besluiten, worden 'bevestigd' overeenkomstig artikel 2:15 lid 6 BW. De term 'bevestigen' is enigszins verwarrend. Bevestiging in artikel 2:15 lid 6 BW is een bijzondere vorm van bekrachtiging in de zin van artikel 3:58 BW<sup>10</sup> en dient onderscheiden te worden van de in artikel 3:55 BW vermelde bevestiging, wat een vorm is van afzien van de bevoegdheid tot vernietiging en geschiedt door de persoon die deze bevoegdheid heeft.<sup>11</sup> Eveneens verschilt de bevestiging van artikel 2:15 lid 6 BW van de bekrachtiging van een nietig besluit op de voet van artikel 2:14 lid 2 BW. Een besluit dat nietig is wegens het ontbreken van een statutair of wettelijk voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, kan worden geheeld door bekrachtiging door die ander (art. 2:14 lid 2 BW). De artikel 2:15 lid 6-bevestiging geschiedt door hetzelfde orgaan dat het besluit heeft genomen. Bevestiging is overigens alleen mogelijk bij strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, en niet in andere gevallen.<sup>12</sup>

De bevestiging brengt het vernietigbare besluit buiten het bereik van de vernietiging, zodat het voorheen vernietigbare besluit voortaan als geldig en daarmee onaantastbaar geldt vanaf het tijdstip waarop het is genomen.<sup>13</sup> Het bevestigings-

3. Hof Amsterdam 18 mei 1989, NJ 1990, 591 (WTC). Zie o.a. ook Pres. Rb. Roermond 24 december 1991, KG 1992, 54.  
4. Anders: J.M. Blanco Fernández, De zogenoemde hoorplicht bij ontslag van bestuurders, JOR plus 2002, p. 18.  
5. J.M.M. Maeijer in zijn noot onder HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 (Janssen Pers).  
6. Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 254. Zie ook Hof Amsterdam 18 mei 1989, NJ 1990, 591 (WTC).  
7. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, IVO deel 31, Deventer: Kluwer 1999, p. 96-97.

8. In het voorstel wordt aan art. 2:238 BW een nieuw lid toegevoegd, luidende: 'De bestuurders en de commissarissen worden voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen.' Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2, p. 18.  
9. Hof Amsterdam 22 november 2007, Rechtspraak Ondernemingsrecht 2008, 21, r.o. 3.10 en 3.11.  
10. W. Snijders, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, WPNR (2003) 6547, p. 707.  
11. R.G.J. Nowak in zijn noot onder het arrest HR 22 december 2009, JOR 2010, 40.  
12. Rb. Arnhem 26 maart 2008, JAR 2008, 124.  
13. Kamerstukken II 1982/83, 17 725, nr. 3, p. 62.

besluit is een zelfstandig besluit. Het kan niet worden beschouwd als het vernietigbare besluit dat opnieuw wordt genomen. De wettelijke en statutaire vereisten die gelden voor het vernietigbare besluit, gelden ook voor het bevestigingsbesluit. Met andere woorden: als voor het vernietigbare besluit een versterkte meerderheid geldt, dan is dat vereiste ook van toepassing op het bevestigingsbesluit, ook wanneer bijvoorbeeld de statutaire bepaling die de versterkte meerderheid voorschreef, inmiddels is geschrapt. Artikel 2:15 lid 6 BW bepaalt ten slotte dat bevestiging niet werkt zolang een voorafgaand aan de bevestiging ingestelde vordering tot vernietiging aanhangig is.

Terug naar de casus. Uitgangspunt is dat het ontslagbesluit van 7 december 2003 vernietigbaar is op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW. De vraag is of het bevestigingsbesluit van 5 januari 2004 dit vernietigbare besluit buiten het bereik van de vernietiging heeft gebracht. Voor de vergadering van aandeelhouders op 5 januari 2004 is Schneider immers wel in de gelegenheid gesteld zijn raadgevende stem uit te brengen (en overigens ook om te worden gehoord). Uit de casus blijkt dat hij hier zelf niet op ingegaan is. Is hiermee de kous af?

De Hoge Raad oordeelt van niet; hij vernietigt eerst het ontslagbesluit van 7 december 2003 op grond van een gebrek in de totstandkoming daarvan. Schneider is immers ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld zijn raadgevende stem ex artikel 2:227 lid 4 BW uit te brengen. Daarna toetst de Hoge Raad, evenals de lagere rechters, chronologisch verder. Over deze wijze van toetsing merkt Nowak in zijn noot onder het arrest op:

‘Een andere benadering zou mijns inziens materieelrechtelijk gezien beter zijn. Eerst zou getoetst moeten worden of door het besluit tot bevestiging van het vernietigbare ontslagbesluit het totstandkomingsgebrek van dat ontslagbesluit (het niet uitnodigen van Schneider) is geheeld. Pas daarna gaat men terug naar het ontslagbesluit en de daarop volgende besluiten. Deze benadering vloeit mijns inziens voort uit de terugwerkende kracht van de bevestiging.’<sup>14</sup>

De ratio van de door de Hoge Raad toegepaste chronologische toetsing is gelegen in de terugwerkende kracht van de vernietiging van het ontslagbesluit. Uitgangspunt is het vernietigbare besluit, niet de bevestiging. Artikel 3:53 BW bepaalt dat de vernietiging terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Het ontslagbesluit van 7 december 2003 wordt geacht altijd nietig te zijn geweest en verbintenissen die uit het ontslagbesluit voortvloeien, gelden als vervallen.<sup>15</sup> Met andere woorden: Schneider is niet ontslagen en de overige bestuurders zijn niet geschorst door het besluit van 7 december 2003.

De gevolgen van deze benadering laten zich raden: de verschillende besluiten vallen door de vernietiging van het eerste besluit als dominosteentjes om. De Hoge Raad behandelt eerst het aandeelhoudersbesluit van 17 december 2003. Schneider, door vernietiging van het besluit van 7 december 2003 nog steeds bestuurder van HGIIH, is wederom ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld zijn raadgevende stem uit te oefenen, waardoor de Hoge Raad ook dit besluit vernietigt. Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan het bevestigingsbesluit van 5 januari 2004. Van de vergadering waarin het besluit is genomen, staat vast dat Scheider wel, maar de overige bestuurders niet zijn uitgenodigd om hun raadgevende stem uit te oefenen. Wederom oordeelt de Hoge Raad dat het besluit is genomen zonder inachtneming van artikel 2:227 lid 4 BW, en wederom vernietigt hij op deze grond. Ten slotte sneuvelt ook het besluit van 9 februari 2004: nu de overige bestuurders niet geschorst zijn door het besluit van 7 december 2003 is het bestuursbesluit niet genomen met de daarvoor gestelde quorum. Om die reden is dit besluit nietig.

### Slot

Nowak vermeldt in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2009 dat in het arrest centraal staat de vraag of bij de totstandkoming van een zeker ontslagbesluit artikel 2:227 lid 4 BW is geschonden.<sup>16</sup> De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Toch is dit niet het enige interessante inzicht dat het arrest biedt. De Hoge Raad benadrukt eveneens de gevolgen van een besluit dat wordt vernietigd, omdat het (in dit geval) is genomen in strijd met voorschriften die ‘s de totstandkoming van het besluit regelen. De Hoge Raad onderstreept de terugwerkende kracht van het vernietigde besluit, wat met zich brengt dat het besluit geacht wordt altijd nietig te zijn geweest en verbintenissen die uit het besluit voortvloeien, gelden als vervallen.<sup>17</sup> Deze benadering is onder meer van belang als het vernietigde besluit is bevestigd op grond van artikel 2:15 lid 6 BW. Wil de bevestiging doel treffen en het vernietigde besluit uit het bereik van de vernietiging halen, dan zal het bevestigingsbesluit genomen dienen te zijn alsof het vernietigde besluit nooit genomen is. De terugwerkende kracht van het vernietigde besluit werkt eveneens tegen tussen het vernietigde besluit en het bevestigingsbesluit genomen andere besluiten. Ook voor de rechtsgeldigheid van die besluiten geldt dat het vernietigde besluit nooit is genomen. Het arrest illustreert hoezeer dit uitgangspunt van betekenis is.

14. R.G.J. Nowak in zijn noot onder het arrest HR 22 december 2009, JOR 2010, 40.

15. Zie conclusie A-G Timmerman bij het arrest HR 22 december 2009, JOR 2010, 40.

16. R.G.J. Nowak in zijn noot onder het arrest HR 22 december 2009, JOR 2010, 40.

17. De onwetende wederpartij geniet onder bepaalde omstandigheden echter bescherming op grond van art. 2:16 lid 2 BW.