

## WETENSCHAP

# Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

*W.J. Oostwouder & M. Wessel*

## 1 Inleiding

Sinds de invoering van de Wet flexibilisering en vereenvoudiging bv-recht<sup>1</sup> bestaat er een grotere vrijheid om in statuten van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid afspraken tussen aandeelhouders vorm te geven. Het is echter nog steeds gebruikelijk dat aandeelhouders in aanvulling op de statuten specifieke afspraken inzake hun samenwerking vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst, die is toegesneden op de gegeven situatie. Bij de afweging of partijen een regeling statutair of contractueel zullen vastleggen, is in de praktijk een veelgestelde vraag of besluiten genomen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst rechtens aantastbaar zijn. Deze vraag raakt het leerstuk van vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten.<sup>2</sup> Evenals Nowak<sup>3</sup> doelen wij hiermee op de mate waarin contractuele afspraken doorwerken binnen de vennootschapsrechtelijke rechtssfeer en meer in het bijzonder welke gevolgen de niet-naleving van dergelijke contractuele afspraken heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Geruime tijd werd in de rechtspraak aangenomen dat een aandeelhoudersovereenkomst in principe geen vennootschapsrechtelijke werking heeft. De Hoge Raad heeft in een aantal oudere arresten<sup>4</sup> beslist dat een stem van een aandeelhouder uitgebracht in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst in beginsel geldig is. Er zijn inmiddels verschillende uitspraken gepubliceerd waarin doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten is aangenomen onder de specifieke omstandigheden van het geval. Het is echter de vraag in hoeverre op grond van deze uitspraken mag worden geconcludeerd dat de oude leer van de Hoge Raad, zoals vervat in (onder meer) het Wennex-arrest, is verlaten en het uitbrengen van een stem in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst niet langer slechts wanprestatie oplevert, maar onder omstandigheden ook leidt tot

- 1 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, Stb. 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 300.
- 2 In dit artikel wordt vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten ook wel 'doorwerking' genoemd.
- 3 R.G.J. Nowak, *Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken*, WPNR (2014) 7014/145, p. 342.
- 4 HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (Wennex) en HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (Aurora).

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

vernietigbaarheid van het betreffende besluit. In dit artikel zullen wij bezien of aandeelhoudersovereenkomsten vennootschapsrechtelijke werking hebben, waarbij wij ons ook richten op de principiële vraag in hoeverre de doorwerkingsjurisprudentie leidt tot de conclusie dat de aandeelhoudersovereenkomst bij besluitvorming van een vennootschapsorgaan prevaleert boven het bepaalde in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de statuten. In paragraaf 2 wordt kort de huidige stand van zaken in de doorwerkingsjurisprudentie geschetst. Paragraaf 3 bevat een overzicht van de grondslagen voor vennootschapsrechtelijke doorwerking. Of deze doorwerking tot gevolg heeft dat voortaan kan worden volstaan met opname van afspraken tussen aandeelhouders in een overeenkomst, of dat voor bepaalde onderwerpen statutaire verankering vereist of gewenst is, wordt behandeld in paragraaf 4. In paragraaf 5 zal de principiële vraag worden beantwoord. Paragraaf 6 bevat ten slotte de conclusie.

## 2 Huidige stand van zaken in de jurisprudentie

### 2.1 Relativering van oudere jurisprudentie van de Hoge Raad

Op grond van onder andere het Wennex-arrest en het Aurora-arrest was de heersende leer geruime tijd dat schending van een aandeelhoudersovereenkomst niet leidt tot aantastbaarheid van het betrokken besluit van de vennootschap.

De jurisprudentie van de Ondernemingskamer<sup>5</sup> waarbij geoordeeld werd dat er sprake was van wanbeleid wegens betrokkenheid van de vennootschap bij schending van in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen afspraken, en de uitspraak waarbij de Hoge Raad<sup>6</sup> oordeelde dat het niet op de agenda zetten van een ontslagbesluit van een in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst benoemde gedelegeerd commissaris onrechtmatig was, nuanceren deze leer. In deze paragraaf zullen een oudere en enkele meer recente uitspraken worden behandeld waarin de vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten aan bod is gekomen.

### 2.2 VenV

De eerste uitspraak betreft een uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 14 april 1998 (VenV).<sup>7</sup> In de statuten van de vennootschap was opgenomen dat een besluit van het bestuur tot wijziging van de omvang van een deelneming van de vennootschap de goedkeuring behoeft van de algemene vergadering, bij besluit genomen met een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen. In een latere aandeelhoudersovereenkomst werd overeengekomen dat een dergelijk besluit slechts kon worden genomen met de instemming van alle

5 Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, JOR 2000/72 m.nt. Blanco Fernández (Versatel) en Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, JOR 2002/112 m.nt. J.B. Blanco Fernández (Broadnet). Zie hierover P.J. Dortmond, *Flexibel aandeelhouderschap, Ondernemingsrecht 2007*, afl. 9, p. 350-355 en W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011, p. 32-37.

6 HR 29 november 1996, NJ 1997/345 m.nt. J.M.M. Maeijer (Landinvest-Chipshol).

7 Rb. Middelburg (pres.) 14 april 1998, JOR 2000/25 (VenV).

aandeelhouders. Een van de vier aandeelhouders weigert vervolgens zijn instemming voor een dergelijk besluit te verlenen. De rechtbank overwoog dat de partijen beoogd zouden hebben tijdelijk af te wijken van de statutaire bepaling, hetgeen volgens de rechtbank in beginsel geoorloofd is. Derhalve werd ervan uitgegaan dat de aandeelhouder die niet wilde instemmen met het besluit in principe een beroep toekwam op de bepaling van de aandeelhoudersovereenkomst. In casu mocht echter geen beroep worden gedaan op deze bepaling, nu vaststond dat de voorgestelde transactie onder de gegeven omstandigheden het vennootschappelijk belang diende (de vennootschap kampte met liquiditeitsproblemen), terwijl niet was gebleken dat de belangen van deze aandeelhouder door het bestuursbesluit zodanig zouden worden geschaad dat van hem in redelijkheid de gevraagde medewerking niet kon worden gevergd.

### 2.3 *Vanka-Kawat*

In de zaak *Vanka-Kawat*<sup>8</sup> waren twee aandeelhouders overeengekomen dat zolang een van de aandeelhouders bestuurder zou zijn van de vennootschap, de statutaire winstverdeling niet ten nadele van de aandeelhouder-bestuurder zou worden gewijzigd. Het betrof hier een besloten familievennootschap waarin vader en schoonzoon (indirect) gezamenlijk het volledige aandelenkapitaal in handen hadden en bepaalde specifieke afspraken hadden gemaakt. De vennootschap was waarschijnlijk aanvankelijk geen partij bij de aandeelhoudersovereenkomst, maar de rechtbank leidt uit een latere vaststellingsovereenkomst, waarbij de vennootschap wel partij was, af dat de vennootschap zich toen alsnog heeft willen binden aan de aandeelhoudersovereenkomst. Ondanks deze afspraak wordt de statutaire winstverdelingsregeling ten nadele van de aandeelhouder-bestuurder gewijzigd en worden er nieuwe aandelen aan een derde partij uitgegeven. Naar het oordeel van de rechtbank moet onder deze omstandigheden, waarbij de enige twee aandeelhouders en de vennootschap zelf door de aandeelhoudersovereenkomst waren gebonden, van vennootschapsrechtelijke werking van de aandeelhoudersovereenkomst worden uitgegaan. Dat maakt de betreffende besluiten volgens de rechtbank in beginsel vernietigbaar wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.

### 2.4 *Kekk/Delfino*

De feiten in de uitspraak *Kekk/Delfino*<sup>9</sup> waren als volgt. Het bestuur van de vennootschap werd gevormd door drie van de vier aandeelhouders, waaronder *Kekk*. De statuten bepaalden dat een besluit van de algemene vergadering tot ontslag van een bestuurder genomen diende te worden met ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste de helft van het geplaat-

8 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, JOR 2012/286 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Vanka-Kawat*).

9 Rb. Amsterdam (pres.) 16 januari 2014, JOR 2014/157 m.nt. R.G.J. Nowak (*Kekk/Delfino*).

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

ste kapitaal (conform art. 2:244 lid 2 BW).<sup>10</sup> In een aandeelhoudersovereenkomst was echter overeengekomen dat een besluit tot ontslag van een bestuurder uitsluitend kon worden genomen met unanimitéit van de stemmen van alle aandeelhouders. De andere aandeelhouders wilden Kekk als bestuurder ontslaan. Nog voor de algemene vergadering plaatsvond, spande Kekk een kort geding aan. De rechtbank overweegt dat het uitgangspunt is dat art. 2:244 lid 2 BW meebrengt dat de bepaling dat een besluit tot ontslag van een bestuurder alleen met unanimitéit van stemmen kan worden genomen, niet in de statuten van een besloten vennootschap kan worden opgenomen. Dit laat echter onverlet dat een dergelijke afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst kan worden opgenomen en dat nakoming van een dergelijke afspraak kan worden gevorderd. Afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst werken op grond van art. 2:8 BW immers door in de vennootschappelijke rechtsverhouding, aldus de rechtbank. Bij afwezigheid van bijzondere omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de onverkorte nakoming van een aandeelhoudersovereenkomst op grond van art. 2:8 lid 2 BW niet van een aandeelhouder kan worden verlangd, verbiedt de rechtbank de overige aandeelhouders het besluit tot ontslag te nemen. De rechtbank spreekt zich niet uit over de rechtsgeldigheid van het voorgenomen besluit tot ontslag, maar alleen over de verplichting om de aandeelhoudersovereenkomst na te leven. Deze uitspraak heeft derhalve geen directe betrekking op vennootschapsrechtelijke werking zoals hierboven omschreven.

In de noot bij deze uitspraak merkt Nowak op dat art. 2:244 lid 2 BW is bedoeld ter bescherming van de aandeelhouders. Hij vervolgt dat het inmiddels heersende opvatting is dat aandeelhouders van hun gegeven bevoegdheden en bescherming kunnen afzien en dat dit betekent, onder verwijzing naar onder andere Meinema,<sup>11</sup> dat zij voor ontslagbesluiten unanimitéit van alle aandeelhouders kunnen overeenkomen. Meinema beschrijft dat een aandeelhoudersovereenkomst die bepaalt dat geen van de aandeelhouders als bestuurder zal worden ontslagen, kan leiden tot patstellingen in het bestuur. Zij neemt vervolgens echter de stelling in dat in dat geval het belang van de vennootschap dient te prevaleren en een bestuurder steeds wegens gegronde reden moet kunnen worden ontslagen. Ook wij zijn van mening dat de vennootschap niet gebaat is bij een patstelling in het bestuur en dat er mogelijkheden moeten zijn om die te doorbreken. Allereerst moet met behulp van art. 3:40 en 6:248 lid 2 BW worden bepaald in hoeverre een dergelijke bepaling van een aandeelhoudersovereenkomst contractueel toelaatbaar is. Hier besteden wij aandacht aan in paragraaf 4. Vervolgens moet worden beoordeeld in hoeverre van deze contractuele bepaling vennootschapsrechtelijke werking uitgaat op grond van de grondslagen die in paragraaf 3 aan bod komen.

10 Art. 2:244 lid 2 BW bepaalt dat indien in de statuten is bepaald dat het besluit tot schorsing of ontslag van een bestuurder slechts mag worden genomen met een versterkte meerderheid in een algemene vergadering, waarin een bepaald gedeelte van het kapitaal is vertegenwoordigd, deze versterkte meerderheid twee derde van de uitgebrachte stemmen, welke twee derde meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, niet te boven mag gaan.

11 M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap* (diss. Maastricht; Serie IvO, deel 43), Deventer: Kluwer 2003, p. 200.

### 2.5 *De Wildt/RBOC*

In de uitspraak *De Wildt/RBOC*<sup>12</sup> werden alle aandelen in het kapitaal van een vennootschap gehouden door een stichting. In ruil voor het verstrekken van een lening aan de stichting had *De Wildt* conform een reglement certificaten verkregen die recht gaven op een deel van de winst die door de vennootschap aan de stichting werd uitgekeerd. Nadat er in het kader van de ontvlechting van de structuur conflicten ontstonden, is er tussen de stichting, *De Wildt* (als certificaathouder) en de vennootschap een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin onder meer was bepaald dat het reglement jegens *De Wildt* gerespecteerd zou worden. Door een reservering voor dubieuze debiteuren ten laste van de winst van de vennootschap ontving *De Wildt* echter geen uitkering. Het bestuur van de stichting betaalde enkele maanden later de lening af en besloot voorts tot afschaffing van het reglement. Het hof vernietigde het bestuursbesluit tot afschaffing van het reglement op basis van art. 2:15 lid 1 sub b BW, wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geëist. Het hof was van oordeel dat de stichting (en de vennootschap) zich als rechtspersoon had te houden aan haar verplichtingen uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst en derhalve geen besluiten mocht nemen die hiermee in strijd waren.

### 2.6 *Cancun Holding II*

In een recente uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2014 (*Cancun Holding II*)<sup>13</sup> kwam aan de orde dat de verhouding tussen de aandeelhouders verstoord was geraakt doordat een van de drie aandeelhouders zijn aandelen had overgedragen aan zijn medeaandeelhouder zonder de derde aandeelhouder daarvan op de hoogte te stellen. Als gevolg hiervan verwierf de verkrijgende aandeelhouder een meerderheidsbelang, terwijl de joint venture was opgezet op basis van gelijkwaardigheid. Ingevolge de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst waren de aandelen in het kapitaal van de vennootschap vrij overdraagbaar. De Hoge Raad overweegt dat in geval van een joint venture het belang van de vennootschap mede wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking.<sup>14</sup> Dit kan meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders. In het onderhavige geval had het bestuur van de vennootschap de derde aandeelhouder moeten informeren over de beoogde aandelenoverdracht. Ook het handelen van de overdragende aandeelhouder en de verkrijgende aandeelhouder acht de Hoge Raad in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij op grond van art. 2:8 BW jegens de derde aandeelhouder in acht behoorden te nemen. Art. 2:8 BW is van dwingend recht en geldt mitsdien ook indien de minderheidsaandeelhouder zijn aandelen vrijelijk kan overdragen op grond van de wet, de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst.

12 Hof Amsterdam 21 januari 2014, JOR 214/158 m.nt. R.G.J. Nowak (*De Wildt/RBOC*).

13 HR 4 april 2014, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun Holding II*).

14 Volgens Van Schilfgaarde is het naar zijn weten de eerste keer dat de Hoge Raad zich zo duidelijk in positieve zin voor deze 'doorwerking' uitspreekt, zie de door hem geschreven noot bij de *Cancun Holding II*-uitspraak.

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

Het is duidelijk dat in recente jurisprudentie niet langer onverkort wordt vastgehouden aan de leer zoals vervat in het Wennex-arrest. Het is de vraag of de tijd al rijp is om op basis van deze uitspraken aan te nemen dat de in de oudere uitspraken vervatte leer van de Hoge Raad niet langer meer geldt, of dat de rechter alleen onder de specifieke omstandigheden die in de betrokken recente jurisprudentie speelden vennootschapsrechtelijke werking heeft aangenomen.

### 3 Grondslagen voor vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten

In de in paragraaf 2 besproken jurisprudentie komt naar voren dat vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten haar grondslag vindt in de gedragsnorm die voortvloeit uit art. 2:8 BW.<sup>15</sup> Art. 2:8 lid 1 BW bepaalt dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (de zogenaamde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid). De gedragsnorm die uit art. 2:8 lid 1 BW voortvloeit, moet nader worden ingevuld door de omstandigheden van het geval.<sup>16</sup> Het gegeven dat aandeelhouders in een aandeelhoudersovereenkomst afspraken hebben vastgelegd over de uitoefening van hun aandeelhoudersrechten,<sup>17</sup> is een belangrijke omstandigheid. Het is naar onze mening dan ook terecht dat in de besproken uitspraken waarde wordt toegekend aan het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst bij de invulling van deze gedragsnorm. In de recente Cancun Holding II-uitspraak overweegt de Hoge Raad dat in geval van een joint venture het belang van de vennootschap voorts wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. Een besluit van een vennootschapsorgaan genomen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst kan op basis van art. 2:15 lid 1 sub b BW worden vernietigd, indien er sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geëist.<sup>18</sup> De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd in het tweede lid van art. 2:8 BW. Volgens deze bepaling is tussen partijen een krachtens de wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hier geldt

15 In de eerste Versatel-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat contractuele bepalingen niet kunnen worden genegeerd enkel op de grond dat de besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht in striktere zin op correcte wijze heeft plaatsgevonden (Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, JOR 2000/72 (Versatel)). In de Broadnet-uitspraak komt de Ondernemingskamer op basis van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW tot hetzelfde oordeel (Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, JOR 2002/112 m.nt. J.M. Blanco Fernández (Broadnet)).

16 HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 m.nt. J.M.M. Maeijer (Zwagerman).

17 Hiervoor worden aandeelhoudersovereenkomsten gebruikt. Zie Van Veen 2011, p. 17.

18 De schending van een aandeelhoudersovereenkomst kan eveneens een gegronde reden zijn om te twifelen aan de juistheid van het beleid van de vennootschap, zo volgt uit Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, JOR 2000/72 (Versatel) en Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, JOR 2002/112 m.nt. J.M. Blanco Fernández (Broadnet).



een beduidend strengere maatstaf. Wij zagen in paragraaf 2.4 dat de rechter in de Kekk/Delfino-uitspraak overwoog dat bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat de onverkorte nakoming van een aandeelhoudersovereenkomst op grond van art. 2:8 lid 2 BW niet van een aandeelhouder kan worden verlangd.<sup>19</sup> Het zij opgemerkt dat ten tijde van het Wennex-arrest en het Aurora-arrest art. 2:8 en 2:15 BW, die grondslagen vormen voor de vennootschapsrechtelijke werking, nog niet als zodanig in de wet waren opgenomen, al hadden deze normen (in beginsel) wel reeds gelding.<sup>20</sup> De werking van art. 2:8 lid 2 BW wordt tevens geïllustreerd door verschillende uitspraken inzake ‘noodzaakfinanciering’.<sup>21</sup> Uit deze uitspraken blijkt dat in het geval van een ‘noodzaakfinanciering’ bepalingen uit een aandeelhoudersovereenkomst of statutaire bepalingen terzijde kunnen worden geschoven op grond van art. 2:8 lid 2 BW, indien aan bepaalde vereisten is voldaan.<sup>22</sup>

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de beantwoording van de vraag of de vennootschap partij moet zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst, wil er sprake kunnen zijn van doorwerking. In de Vanka-Kawat-uitspraak hechtte de rechtbank waarde aan het feit dat de vennootschap zich door middel van een latere vaststellingsovereenkomst alsnog heeft willen binden aan de aandeelhoudersovereenkomst. Volgens Van Veen is de aandeelhoudersovereenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn een krachtig document, ook als de vennootschap hierbij geen partij is.<sup>23</sup> Nowak meent dat als regel van doorwerking kan worden uitgegaan als alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst. Het partij zijn van (of ‘zich akkoord verklaren’ door) de vennootschap is volgens hem geen vereiste voor vennootschapsrechtelijke werking.<sup>24</sup> Van Schilfgaarde is terughoudender en stelt dat de beantwoording van deze vraag ook afhangt van de mate van ‘vennootschapsrechtelijke werking’ die men op het oog heeft.<sup>25</sup> Timmerman merkt op dat doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst veel minder logisch is, voor zover het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen verplichtingen van het bestuur betreft, indien de vennootschap geen partij is bij de overeenkomst en deze verplichting geen statutaire grondslag heeft. Als voorbeelden van dergelijke verplichtingen van het bestuur kunnen worden genoemd de

- 19 Blanco Fernández ziet ruimte voor een analogische toepassing van de nietigheidsgrond van art. 2:14 lid 1 BW op de schending van een stemovereenkomst, zie J.M. Blanco Fernández, *Vennootschapsrechtelijke werking van stemovereenkomsten*, *Ondernemingsrecht* 1999/6, p. 148-151. Ons inziens biedt de wet hier geen handvat voor.
- 20 Art. 2:8 en 2:15 BW zijn ingevoerd op 1 januari 1992 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, zesde gedeelte, w.o. 17725, Stb. 1990, 90). Art. 2:8 BW heeft dezelfde strekking als het in 1976 in werking getreden art. 2:7 BW.
- 21 Zie hierover uitgebreid H.J. de Kluiver, *Noodfinanciering en de rol van de rechter. De financiering van de onderneming* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-49.
- 22 Zie o.m. Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, JOR 2010/60 m.nt. Doorman (Inter Access).
- 23 Van Veen 2011, p. 36.
- 24 Nowak 2014. Evenzo Blanco Fernández 1999, p. 151 en de door hem geschreven noot bij de Vanka-Kawat-uitspraak.
- 25 P. van Schilfgaarde, *Statuten zonder bezwaar*, WPNR (2002) 6503, p. 639-648.

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

plicht om instructies van de algemene vergadering op te volgen of de plicht om bepaalde voorgenomen besluiten ter goedkeuring aan de algemene vergadering voor te leggen.<sup>26</sup>

Indien de bestuurder aan wie de aandeelhoudersovereenkomst een verplichting oplegt in zijn hoedanigheid als bestuurder of anderszins (bijvoorbeeld als aandeelhouder) met deze overeenkomst heeft ingestemd, hecht Timmerman minder gewicht aan het ontbreken van betrokkenheid van de vennootschap bij de aandeelhoudersovereenkomst.<sup>27</sup> Wij zijn dit met hem eens en menen dat een en ander ook geldt voor commissarissen. Overigens moeten bestuurders en commissarissen zich – ook indien de vennootschap partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst of zij daar zelf mee hebben ingestemd – richten op het vennootschappelijk belang. Dit betekent dat zij dit belang bij strijd met de aandeelhoudersovereenkomst moeten laten prevaleren. In het *Forumbank*-arrest is naar voren gekomen dat ook de algemene vergadering de bij de wet en de statuten getrokken grenzen van haar bevoegdheid niet mag overschrijden.<sup>28</sup> Naar aanleiding van deze uitspraak wordt tot op heden gediscussieerd over het vraagstuk van de bestuurszelfstandigheid en de macht die de algemene vergadering toekomt.<sup>29</sup> Uit de uitspraken *ABN AMRO*<sup>30</sup> en *ASMI*<sup>31</sup> kan worden afgeleid dat de Hoge Raad er nog steeds van uitgaat dat het bestuur (in deze uitspraken van een beursvennootschap) in beginsel autonoom is ten opzichte van de algemene vergadering binnen de door de wet en statuten toegekende ruimte. Het is ons inziens niet te rijmen met de positie van bestuurders en commissarissen binnen de vennootschap en hun plicht om zich te richten op het vennootschappelijk belang, dat zij verplicht zijn zich te houden aan een aandeelhoudersovereenkomst waarbij de vennootschap niet betrokken is en waarmee zij niet hebben ingestemd. De rechtbank overweegt in de *Vanka-Kawat*-uitspraak zelfs dat in de regel de gebondenheid van een commissaris aan een stem-/aandeelhoudersovereenkomst niet aanvaardbaar zal zijn, gelet op de positie die de aandeelhouder in een vennootschap bekleedt en het vennootschappelijk belang dat de raad van commissarissen en de commissarissen hebben te dienen in hun toezichthoudende en raadgevende taak.<sup>32</sup> Voor het bestuur is in dit verband het bepaalde in de *Schwandt/Berghuizer Papierfa-*

26 L. Timmerman, *Wie moeten er meedoen? Over vennootschappelijke doorwerking*, WPNR (2014) 7028/145, p. 699.

27 Timmerman 2014, p. 699.

28 HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 m.nt. H.E. Bröring (*Forumbank*).

29 Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitgebreid op deze discussie in te gaan. Voor een overzicht van deze discussie verwijzen wij naar S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 84-105. Opgemerkt zij dat art. 2:239 lid 4 BW met ingang van 1 oktober 2012 bepaalt dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur dient deze aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang.

30 HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. M.P. Nieuwe Weme (*ABN AMRO*).

31 HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ASMI*).

32 De specifieke omstandigheden in deze zaak, waar de enig commissaris tevens enig bestuurder is van een van de aandeelhouders, leiden tot het oordeel dat van de enig commissaris mocht worden verlangd dat hij zich zou gedragen naar de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst, zolang niet evident sprake zou zijn van strijd met het vennootschappelijk belang.



W.J. Oostwouder & M. Wessel

briek-uitspraak<sup>33</sup> van belang. Hierin is bepaald dat de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire (en volgens de heersende opvatting wettelijke) bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt bij de beoordeling of sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Dit vestigt in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling, behoudens tegenbewijs. Een bestuurder dient zich hiervan bewust te zijn wanneer hij handelt overeenkomstig het bepaalde in een aandeelhoudersovereenkomst, in afwijking van een statutaire of wettelijke regeling.

#### 4. Volstaat een aandeelhoudersovereenkomst, of moeten bepaalde afspraken statutair vastgelegd worden?

In deze paragraaf bespreken wij of afspraken tussen aandeelhouders uitsluitend behoeven te worden opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst of dat bepaalde afspraken ook statutair moeten worden vastgelegd.<sup>34</sup> Bij de beantwoording van deze vraag zal onder meer worden ingegaan op het dwingendrechtelijke karakter van het vennootschapsrecht en het verschil in rechtskarakter van statuten enerzijds en een aandeelhoudersovereenkomst anderzijds.

Art. 2:25 BW bepaalt dat van de bepalingen van Boek 2 BW slechts afgeweken kan worden voor zover dat uit de wet blijkt. Het dwingendrechtelijke karakter van het rechtspersonenrecht is derhalve het uitgangspunt. Dit betekent overigens niet dat alle regelingen die zijn opgenomen in Boek 2 uitputtend van aard zijn. Wij zijn het met Van Veen eens dat per regeling moet worden bekeken, aan de hand van de wettekst, strekking, toelichting en de wetsystematiek, of een dergelijke regeling uitputtend is, en voorts dat art. 2:25 BW niet de strekking heeft om de contractsvrijheid te beperken.<sup>35</sup> Art. 3:40 BW biedt een handvat bij de beantwoording van de vraag wat contractueel toelaatbaar is. Volgens lid 1 van dit artikel is een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig. Art. 3:40 lid 2 BW vervolgt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, voor zover uit de strekking van de wetsbepaling niet anders voortvloeit en met dien verstande dat indien de wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, dit leidt tot vernietigbaarheid van de rechts-

33 HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

34 Los van de verplichte opname van de naam, de zetel en het doel van de vennootschap (art. 2:177 lid 1 BW), de nominale waarde van de aandelen en, indien van toepassing, het bedrag van het maatschappelijk kapitaal (art. 2:178 lid 1 BW) en een regeling inzake ontstentenis en belet van bestuurders (art. 2:244 lid 4 BW) en, indien van toepassing, van commissarissen (art. 2:252 lid 4 BW).

35 Van Veen 2011, p. 8-12.

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

handeling (tenzij uit de strekking van de wetsbepaling anders voortvloeit).<sup>36</sup> Art. 3:40 lid 3 BW corrigeert het bepaalde in lid 2 van art. 3:40 BW door te stellen dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdende rechtshandelingen aan te tasten. Indien in een aandeelhoudersovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die strijdt met een dwingende wetsbepaling, dient men zich bewust te zijn, afhankelijk van de strekking van de betreffende dwingende wetsbepaling, van de zware sancties die art. 3:40 BW met zich kan brengen. De contractuele rechtsverhouding tussen de aandeelhouders wordt, behalve door hetgeen zij zijn overeengekomen, ook bepaald door de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Hetgeen de aandeelhouders contractueel zijn overeengekomen, vindt geen toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

Het vennootschapsrecht kan enerzijds vernietigbaarheid meebrengen van besluiten die in strijd zijn met een aandeelhoudersovereenkomst, en anderzijds leiden tot nietigheid van besluiten die conform de aandeelhoudersovereenkomst, maar in strijd met de wet of de statuten genomen zijn. Een besluit van een vennootschapsorgaan dat niet conform de aandeelhoudersovereenkomst is genomen, kan op basis van art. 2:15 lid 1 sub b BW worden vernietigd indien dit besluit strijdig is met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geëist. Zoals besproken in paragraaf 3 moet er namelijk waarde worden toegekend aan het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst bij de invulling van de gedragsnorm die uit art. 2:8 lid 1 BW voortvloeit. Art. 2:14 BW bepaalt dat een besluit van een vennootschapsorgaan genomen in strijd met de wet of de statuten nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.

Een aanzienlijk aantal wettelijke bepalingen biedt expliciet ruimte voor een statutaire afwijking of aanvulling, bijvoorbeeld door middel van de zinsneden 'tenzij de statuten anders bepalen', 'de statuten kunnen bepalen' of 'bij of krachtens de statuten kan worden bepaald'. Dit betreft voornamelijk bepalingen die zien op de bevoegdheidsverdeling en de interne inrichting van de vennootschap. Met 'bij of krachtens de statuten' wordt volgens de heersende leer respectievelijk bedoeld dat een afwijking van Boek 2 BW in de statuten geregeld moet worden of dat de statuten moeten aangeven dat het betreffende onderwerp elders, in een besluit of reglement, kan worden geregeld. Het is gezien het vennootschapsrechtelijke karakter van statuten logisch dat deze onderwerpen in ieder geval een statutaire basis moeten hebben, en dat een regeling ten aanzien van betreffende onderwerpen die uitsluitend in een aandeelhoudersovereenkomst staat, in beginsel ven-

36 Zie hierover tevens H.J. de Kluiver & M. Meinema, *Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling*, WPNR (2002) 6503, p. 650 en 651. De Kluiver en Meinema halen het standaardvoorbeeld van de stemovereenkomst aan om te illustreren dat in de praktijk ervan uit wordt gegaan dat de wettelijke bepalingen in contractueel opzicht veel toestaan en dat de theorie en rechtspraak vaststellen dat weinig expliciet is verboden, en ertoe geneigd zijn in beginsel onder voorwaarden de praktijk te volgen.

nootschapsrechtelijke werking mist. Naast de aandeelhouders zijn dan ook de oprichters, later toetredende aandeelhouders, de vennootschapsorganen en de vennootschap zelf ten minste van deze statutaire bepalingen op de hoogte en zijn zij daaraan gebonden, terwijl een overeenkomst slechts geldt tussen de partijen bij die overeenkomst. Deze onderwerpen dienen dan ook een statutaire basis te hebben en kunnen niet slechts worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst. De notariële tussenkomst verzekert dat er vanuit Nederlands perspectief naar de rechtsgeldigheid van de opgenomen regelingen is gekeken, wat in de praktijk bij aandeelhoudersovereenkomsten helaas niet altijd het geval blijkt te zijn. Uiteraard staat het partijen vrij om deze onderwerpen daarnaast, conform de statutaire regeling, ook in een aandeelhoudersovereenkomst vast te leggen.

Nowak meent dat een unaniem genomen aandeelhoudersbesluit niet wezenlijk verschilt van een aandeelhoudersovereenkomst.<sup>37</sup> Bij deze opvatting wordt geen rekening gehouden met het verschil in karakter tussen deze rechtsfiguren en de positie van bestuurders en commissarissen bij de totstandkoming van aandeelhoudersbesluiten. De karakteristieken van een besluit (en een reglement) verschillen namelijk wezenlijk van die van een overeenkomst. Behoudens aanvullende statutaire eisen kan een statutaire regeling in beginsel alleen worden gewijzigd of aangevuld bij meerderheidsbesluit van de algemene vergadering.<sup>38</sup> In de uitspraak Janssen Pers<sup>39</sup> heeft de Hoge Raad, kort gezegd, beslist dat een besluit van aandeelhouders genomen buiten vergadering kwalificeert als een besluit van de algemene vergadering als vennootschapsorgaan. Daarmee zijn de bepalingen die de totstandkoming van dergelijke besluiten betreffen, waaronder art. 2:227 lid 7 BW (waarin het vroeger in art. 2:227 lid 4 BW bepaalde is vastgelegd), onverkort van toepassing. Het huidige art. 2:227 lid 7 BW bepaalt dat bestuurders en commissarissen als zodanig in de algemene vergaderingen een raadgevende stem hebben. De gedachte hierachter is dat bestuurders en commissarissen, in het belang van de vennootschap, in de gelegenheid moeten worden gesteld hun visie te doen blijken, zodat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden. Dit is een krachtig argument tegen vennootschapsrechtelijke doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten waarbij de vennootschap, bestuurders en commissarissen niet zijn betrokken en waarnaar zij mogelijk ook niet willen handelen. Een statutaire bepaling die conform de wettelijke bepalingen tot stand is gekomen, vormt derhalve een steviger fundament voor besluitvorming.

Een ander argument voor het statutair opnemen van bepalingen die zien op de bevoegdheidsverdeling en de interne inrichting van de vennootschap is dat statuten door de verplichte nederlegging bij het handelsregister openbaar zijn. Derden

37 Nowak 2014, p. 344.

38 Art. 2:231 lid 4 BW bepaalt dat een besluit tot statutenwijziging dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, een goedkeurend besluit van deze groep aandeelhouders behoeft, tenzij ten tijde van de toekenning van het recht de bevoegdheid tot wijziging bij die bepaling uitdrukkelijk was voorbehouden.

39 HR 10 maart 1995, NJ 1995/595 m.nt. J.M.M. Maeijer (Janssen Pers).

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

die te maken hebben met de vennootschap, zoals werknemers, crediteuren en de ondernemingsraad, kunnen hierdoor kennisnemen van de statuten en van deze regelingen. Een aandeelhoudersovereenkomst behoeft niet openbaar te worden gemaakt en heeft derhalve niet de openbaarheidsfunctie die statuten conform dwingend vennootschapsrecht wel hebben. Het uitgangspunt van Boek 2 BW is dat toegestane afwijkingen van Boek 2 BW een statutaire regeling behoeven.<sup>40</sup> Dit uitgangspunt dient de rechtszekerheid, zeker waar het gaat om de bevoegdheidsverdeling en de interne inrichting van de vennootschap. Van belang is dat afwijkingen kenbaar zijn door vastlegging in de statuten, als openbaar toegankelijk document. In lijn met deze opvatting heeft de Hoge Raad in de ABN AMRO-uitspraak<sup>41</sup> overwogen dat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat door het bestuur van de vennootschap in overeenstemming met de wettelijke en statutaire voorschriften verrichte rechtshandelingen in beginsel onaantastbaar zijn. Voor zover zij wel aantastbaar zijn, bestaat de mogelijkheid daartoe alleen op rechtsgronden die uit de wet of de statuten voor derden bekend hadden kunnen zijn.

Op basis van art. 2:192 BW kunnen aan de niet-naleving van een statutaire verplichting, anders dan bij verplichtingen die voortvloeien uit een aandeelhoudersovereenkomst, statutair vennootschapsrechtelijke sancties worden verbonden.<sup>42</sup> Deze mogelijkheid kan een extra argument zijn om bepaalde verplichtingen (ook) statutair vast te leggen. Uit het slot van art. 2:192 lid 2 BW volgt dat statutair kan worden bepaald dat een daartoe in de statuten aangewezen vennootschapsorgaan ontheffing kan verlenen van een statutaire verplichting of eis als bedoeld in art. 2:192 BW. De wet biedt deze mogelijkheid niet met betrekking tot andere statutaire bepalingen.<sup>43</sup> Wij zouden dan ook menen dat een vennootschapsorgaan andere statutaire bepalingen niet bij besluit buiten werking kan stellen.<sup>44</sup> A fortiori kan ons inziens een aandeelhoudersovereenkomst de betrokken statutaire bepalingen in de regel ook niet buiten werking stellen.

40 Vgl. Meinema 2003, p. 28. Nowak (2014, p. 345) gaat zelfs nog een stap verder en meldt dat volgens de heersende opvatting dwingend vennootschapsrecht meebrengt dat afwijkingen van de wettelijke bevoegdheidsverdeling en de interne inrichting van een vennootschap in beginsel alleen in de statuten mogen worden vastgelegd. Vervolgens plaatst hij vraagtekens bij deze leer, o.a. omdat de wetgever op vele plaatsen de woorden bij/in/bij of krachtens de statuten gebruikt zonder dat daaraan een eenduidig systeem ten grondslag ligt. Wij achten deze argumentatie niet overtuigend. Als per bepaling een duidelijke aanwijzing staat hoe daar eventueel van afgeweken kan worden, dan is het toch niet aan de individuele advocaat of (kandidaat-)notaris om dit anders in te vullen vanwege het enkele feit dat eenduidigheid ontbreekt?

41 HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. M.P. Nieuwe Weme (ABN AMRO).

42 Dit betreft de opschorting van het stemrecht, het recht op uitkeringen en het vergaderrecht, zie art. 2:192 lid 4 BW. Deze sanctie kan niet contractueel aan het niet-nakomen van een verplichting van een aandeelhouder worden verbonden.

43 Art. 2:216 lid 6 BW bepaalt bijvoorbeeld wel dat in de statuten of telkens met instemming van alle aandeelhouders kan worden afgeweken van de regel dat bij de berekening van het bedrag, dat op ieder aandeel zal worden uitgekeerd, slechts het bedrag van de verplichte stortingen op het nominale bedrag van de aandelen in aanmerking komt.

44 Nowak neemt aan dat de statuten kunnen bepalen dat een statutaire bepaling (tijdelijk) buiten werking kan worden gesteld door een besluit van de gezamenlijke aandeelhouders (Nowak 2014, p. 344).

Ten slotte willen wij kort aanstippen dat voor statutaire bepalingen geldt dat in beginsel de taalkundige uitleg leidend is<sup>45</sup> en dat de statuten verplicht in de Nederlandse taal moeten luiden.<sup>46</sup>

Aandeelhoudersovereenkomsten worden in de regel uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm<sup>47</sup> en zijn veelal in een buitenlandse taal opgesteld. Dit kan ten behoeve van de rechtszekerheid pleiten voor het opnemen van een regeling in de statuten. Daarnaast is op statuten Nederlands recht van toepassing, terwijl in een aandeelhoudersovereenkomst een rechtskeuze voor buitenlands recht kan worden gemaakt; een factor die doorwerking van een aandeelhoudersovereenkomst ten koste van statuten problematisch kan maken. Wij achten het in verband met de rechtszekerheid onwenselijk dat derden geconfronteerd worden met buitenlands recht, terwijl zij op basis van de statuten ervan uit mochten gaan dat op de vennootschapsrechtelijke verhoudingen Nederlands recht van toepassing was.

## **5 Strijd tussen de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten: kan rechtsgeldig worden besloten conform het bepaalde in de aandeelhoudersovereenkomst?**

In deze paragraaf gaan wij in op de principiële vraag of bij strijd tussen de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst rechtsgeldig kan worden besloten door het betreffende vennootschapsorgaan conform het bepaalde in de aandeelhoudersovereenkomst.

Art. 2:14 lid 1 BW bepaalt dat een besluit van een vennootschapsorgaan genomen in strijd met de wet of de statuten nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Het is daarom gevaarlijk om aan te nemen dat indien een contractuele bepaling afwijkt van (de wet of van) een statutaire regeling er in de regel rechtsgeldig kan worden besloten door het betreffende vennootschapsorgaan conform het bepaalde in de aandeelhoudersovereenkomst. De statutaire regeling blijft namelijk slechts buiten toepassing op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals vervat in art. 2:8 lid 2 BW, dus indien toepasselijkheid in de gegeven omstandigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit wordt in de literatuur dikwijls over het hoofd gezien. Er zullen in specifieke gevallen omstandigheden kunnen spelen die leiden tot de conclusie dat een statutaire regeling op deze basis geen toepassing vindt en

45 HR 17 september 1993, NJ 1994/173 en HR 24 september 1993, NJ 1994/174 m.nt. P.A. Stein. Zie in dit verband tevens Hof Arnhem 2 maart 2010, JOR 2010/150.

46 Art. 2:176 jo. art. 2:234 lid 1 BW.

47 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (Haviltex). De gangbaarheid van deze maatstaf is onder andere benadrukt in de recente uitspraak HR 7 februari 2014, JOR 2014/223. Er kan niet worden volstaan met alleen een (objectieve) zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van de aandeelhoudersovereenkomst. De zin die de partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, is van belang. De maatschappelijke kringen waartoe de partijen behoren en hun rechtskennis kunnen tevens een rol spelen.

Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?

er rechtsgeldig kan worden besloten conform de daarmee strijdende contractuele regeling. Wij erkennen, in lijn met recente jurisprudentie, dat er waarde moet worden toegekend aan het bestaan van een aandeelhoudersovereenkomst bij de invulling van de gedragsnorm die uit art. 2:8 lid 1 BW voortvloeit en dat aandeelhoudersovereenkomsten derhalve kunnen doorwerken in de vennootschapsrechtelijke rechtsorde op grond van deze gedragsnorm. Het gaat ons echter te ver om aan te nemen dat op basis van de doorwerkingsjurisprudentie geoordeeld kan worden dat thans als uitgangspunt geldt dat een contractuele regeling een wettelijke of statutaire regeling zonder meer opzij kan zetten. Dat is uitsluitend het geval indien aan de strenge maatstaf van art. 2:8 lid 2 BW wordt voldaan. Daarnaast moet bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een bepaling van een aandeelhoudersovereenkomst rekening worden gehouden met het bepaalde in art. 3:40 en 6:248 lid 2 BW. Naast nietigheid indien de contractuele bepaling naar inhoud en strekking strijdig is met de goede zeden of de openbare orde, kan ook strijd met een dwingende wetsbepaling leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van de contractuele bepaling op basis van art. 3:40 lid 2 BW. Hetgeen de aandeelhouders contractueel zijn overeengekomen, vindt ook geen toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

## 6 Conclusie

Uit recente jurisprudentie volgt dat vennootschapsrechtelijke doorwerking van bepalingen in aandeelhoudersovereenkomsten ter aanvulling van statuten en wettelijke bepalingen in beginsel erkend wordt. De basis van deze doorwerking is de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 BW gecombineerd met een actie tot vernietiging van een daarmee strijdig besluit op grond van art. 2:15 BW. Met Timmerman<sup>48</sup> zijn wij van mening dat het daarbij uitmaakt of alle aandeelhouders partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Indien dit niet het geval is, ligt doorwerking minder voor de hand. Evenzeer delen wij zijn mening dat doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst veel minder logisch is voor zover het een verplichting van het bestuur (en/of de raad van commissarissen; toevoeging WJO & MW) betreft indien de vennootschap geen partij is bij de overeenkomst en deze in de aandeelhoudersovereenkomst uitgewerkte verplichting evenmin een wettelijke of statutaire grondslag heeft.

Ook menen wij met hem dat betrokkenheid van de vennootschap minder van belang is wanneer de betrokken bestuurder (dit geldt ons inziens ook voor een commissaris) al dan niet stilzwijgend ingestemd heeft met de aandeelhoudersovereenkomst. Daarmee is de kous echter nog niet af.

In het voorgaande kwam naar voren dat bepaalde regelingen in ieder geval statutair geregeld moeten worden. Dit geldt met name voor regelingen die afwijken van Boek 2 BW en waarvan de wet bepaalt dat afwijking (slechts) bij de statuten kan gebeuren. Indien de wet bepaalt dat afwijking van Boek 2 ook krachtens de

48 Timmerman 2014, p. 699.



W.J. Oostwouder & M. Wessel

statuten mag geschieden, dan moet er in ieder geval een grondslag in de statuten voor de afwijkende regeling zijn. Betekent dit dat een aandeelhoudersovereenkomst niet mag afwijken van in Boek 2 BW opgenomen dwingend recht of recht waarvan alleen in de statuten mag worden afgeweken? Wij gaan ervan uit dat art. 2:25 BW niet de strekking heeft om de contractsvrijheid te beperken. Deze afwijkingen mogen derhalve wel in een aandeelhoudersovereenkomst worden opgenomen, al dient rekening gehouden te worden met de zware sancties die art. 3:40 lid 2 BW mogelijk verbindt aan een afwijking van een dwingende wetsbepaling (afhankelijk van de strekking van de betreffende dwingende wetsbepaling). Daarnaast is het gezien art. 2:14 lid 1 BW gevaarlijk om aan te nemen dat indien een contractuele bepaling afwijkt van de wet of van een statutaire regeling, er in de regel rechtsgeldig kan worden besloten conform het bepaalde in de aandeelhoudersovereenkomst. De afwijkende contractuele regeling werkt namelijk alleen door indien het volgen van de regeling in Boek 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt voor afspraken in de aandeelhoudersovereenkomst die afwijken van de in de statuten overeengekomen samenwerking. De 'duivel' is hier dus goedaardig en zit niet in de consequentie van de erkenning van vennootschapsrechtelijke doorwerking (rechtsonzekerheid ten aanzien van de statuten), maar in een niet-onbelangrijk detail, dat dikwijls over het hoofd wordt gezien. Bij strijd met de statuten en/of een bepaling uit Boek 2 BW werkt de aandeelhoudersovereenkomst uitsluitend door indien aan de hoge eisen van art. 2:8 lid 2 BW is voldaan.