

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/179686>

Please be advised that this information was generated on 2021-05-18 and may be subject to change.

Noot

1. *Inleiding.* In casu wil Logistique Holding (eiseres) van de voorzieningenrechter een machtiging tot bijeenroeping van een ava van Logfret BV, in welke vennootschap zij bijna driekwart van de aandelen houdt. De overige aandelen houdt Kirsha (gedaagde), tevens enig bestuurder van Logfret. In de vergadering die Logistique wenst, wil zij Kirsha als bestuurder van Logfret ontslaan en Société de Management Administratif et Informatique (SMAI) als bestuurder benoemen. Van belang is dat de aandelen Logistique in handen waren van de personen A (49%), B (49%) en C (2%), en dat persoon A voorafgaand aan het geschil overlijdt. Als gevolg van het overlijden zijn de aandelen van A in een onverdeelde boedel komen te vallen. De statuten van Logfret bepalen kort gezegd dat (i) Logistique haar aandelen aan Kirsha moet aanbieden indien als gevolg van een gebeurtenis de zeggenschap over de onderneming van Logistique bij anderen komt te liggen dan A, B of C, en (ii) zolang Logistique niet aan deze aanbiedingsplicht voldoet zij haar aandeelhoudersrechten niet kan uitoefenen, zie r.o. 2.6 voor de letterlijke tekst van de aanbiedingsplicht. Met de uitkomst van de procedure (de machtiging wordt verleend) ben ik het eens. Met de weg ernaartoe niet zonder meer.

2. *Procedure: kort geding?* Voor de verkrijging van de hier gevraagde machtiging voorziet de wet in een speciale procedure die is neergelegd in de art. 2:220 en 2:221 BW. Hoewel deze artikelen bepalen dat de machtiging gevraagd wordt aan de voorzieningenrechter, betreft de procedure geen kort geding, aldus al in een ver verleden Hof Amsterdam 18 oktober 1934, *NJ* 1934/1731 (*vH/ASEB*). Art. 2:221 BW spreekt ook van “verzoek” en “verzoekers” terwijl een kort geding met een dagvaarding wordt ingeleid (art. 254 Rv). Bovendien bepaalt art. 2:221 lid 3 BW dat tegen de beschikking van de voorzieningenrechter slechts cassatie in het belang der wet openstaat. Bij een vonnis in kort geding is dat niet het geval.

3. In casu stuurt eiseres Kirsha echter een dagvaarding en wijst de voorzieningenrechter vonnis in kort geding. De keuze voor het kort geding in plaats van de procedure van art. 2:221 BW heeft twee belangrijke consequenties. Ten eerste staan alle rechtsmiddelen tegen het kortgedingvonnis open en niet slechts cassatie in het belang der wet. Ten tweede is de oproeping op basis van de bij het vonnis verkregen machtiging niet per definitie rechtsgeldig; dat is wel zo als de machtiging verkregen wordt bij de beschikking als bedoeld in art. 2:221 BW, zie lid 2. Deze twee consequenties verdragen zich slecht met de bedoeling die de wetgever had bij de invoering van art. 43d WvK, de voorloper van art. 2:221 BW. Door enkel in de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet te voorzien, wilde de wetgever “overbodig oponthoud” voorkomen. De bepaling dat de geautoriseerde oproeping ook rechtsgeldig is wanneer later blijkt dat de machtiging onterecht was verleend, strekt ertoe te verzekeren dat de vergadering desondanks op rechtsgeldige wijze is belegd (*Kamerstukken II*, 1909/10, 217, nr. 3, p. 33). Eventuele na een kort geding te volgen appel- en cassatieprocedures kunnen deze doelstellingen aantasten. Als een hof in hoger beroep het kortgedingvonnis vernietigt, was er nooit een machtiging en dus geen rechtsgeldige oproeping (Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/235). De in de vergadering genomen besluiten zijn dan vernietigbaar op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW. Dit indachtig ben ik het eens met het standpunt van Dortmund dat een kort geding hier uitgesloten moet worden geacht (P.J. Dortmund, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 206). Wordt de machtiging toch in een kort geding gevorderd, dan kan de voorzieningenrechter de dagvaarding – na eventuele verbetering of aanvulling door de eiser – als verzoekschrift aanmerken en vervolgens het geding overeenkomstig de regels van art. 2:220 en 2:221 BW behandelen (art. 69 Rv).

4. *Nauwkeurige opgave.* Om de machtiging te krijgen moet de verzoeker de voorzieningenrechter onder meer summierlijk hebben doen blijken dat hij al een convocatieverzoek onder “nauwkeurige” opgave van de te behandelen onderwerpen aan het bestuur en (indien ingesteld) de RvC heeft gericht, en dat het bestuur noch de RvC gehoor heeft gegeven aan dat verzoek (art. 2:221 lid 1 jo 2:220 lid 1 BW). Uit het feitenrelaas blijkt dat Logistique op 28 februari 2017 aan Kirsha verzocht heeft om een ava bijeen te roepen. Dat verzoek vermeldt het agendapunt: “het ontslaan van Kirsha als bestuurder en het benoemen van een [cursivering EB] nieuwe bestuurder”. Eerst de vordering in kort geding noemt de nieuw te benoemen bestuurder bij naam. Was het verzoek aan het bestuur zonder die naam dan wel nauwkeurig genoeg? Het spreekt voor zich dat het machtigingsverzoek (in casu de vordering) ten opzichte van het convocatieverzoek geen nieuwe agendapunten mag bevatten, zie ook S.H.M.A. Dumoulin,

Besluitvorming in rechtspersonen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, nr. 175. Van een nieuw agendapunt is thans geen sprake, maar wél van een concreet voorstel voor een besluit (“benoeming van SMAI als bestuurder”), terwijl het convocatieverzoek slechts het ruimere onderwerp “benoeming van een bestuurder” vermeldt. Alleen ten aanzien van het ontslag van Kirsha zijn beide verzoeken identiek. Nu de gelijkheid van het convocatieverzoek en de vordering niet in geschil is (zie r.o. 4.6), hoeft de voorzieningenrechter er niets over te zeggen. Ik doe dat wel en stel voorop dat het vereiste van een nauwkeurige opgave niet betekent dat de voorgestelde agenda slechts concrete voorstellen (voor besluitvorming) mag bevatten. Bij die lezing van de wet zouden aandeelhouders het bestuur (en de RvC) niet met succes om het bijeenroepen van een uitsluitend informatieve vergadering (d.w.z. zonder enig besluitpunt, maar slechts met discussiepunten op de agenda) kunnen verzoeken. Een discussiepoint kan immers naar zijn aard niet als concreet voorstel worden opgegeven. Recentelijk nog gaf de OK er blijk van dat de mogelijkheid van een uitsluitend informatieve vergadering wel dient te bestaan, OK 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965(*Elliott c.s./AkzoNobel*) r.o. 3.29. Logistique had bij het convocatieverzoek dus (inderdaad) nog niet hoeven te vermelden dat zij SMAI als bestuurder wilde benoemen. Ook zonder de naam was het convocatieverzoek nauwkeurig genoeg. Ik zie niet in waarom het machtigingsverzoek (in casu de vordering) vervolgens niet meer informatie over de te benoemen bestuurder mag bevatten, en dus niet nauwkeuriger mag zijn. Een en ander ligt anders wanneer het bijvoorbeeld gaat over het ontslag van een bestuurder uit een meerhoofdig bestuur. Het lijkt mij dat het vereiste van de nauwkeurige opgave dan wel met zich brengt dat reeds het convocatieverzoek vermeldt om welke bestuurder het gaat. Het verschil tussen het convocatieverzoek en de vordering zoals dat in de onderhavige zaak aan de orde is, levert naar mijn mening evenwel geen grond voor niet-ontvankelijkheid op.

5. *Redelijk belang*. Een ander vereiste voor toewijzing van de machtiging is dat de verzoeker een redelijk belang bij de vergadering moet hebben (art. 2:221 lid 1 BW). Het staat voorop dat de voorzieningenrechter terughoudend dient te beoordelen of daar sprake van is. Een (integrale) belangenafweging is niet op haar plaats. Zo ook Nowak en Van Vught in hun annotaties onder respectievelijk Vznr. Rb. Noord-Holland 17 juni 2014, «JOR» 2014/293, m.nt. Nowak (*Te&Je*) en Vznr. Rb. Rotterdam 30 oktober 2015, «JOR» 2016/121, m.nt. Van Vught (*Nihao*).

De voorzieningenrechter vult in r.o. 4.8 het redelijk belang in. Zijn invulling kan tot misverstanden leiden. Hij stelt vast dat (i) de ava te allen tijde bevoegd is om de bestuurder te benoemen en te ontslaan, (ii) benoemings- en ontslagbesluiten volgens de statuten van Logfret genomen worden met ten minste tweederde van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin ten minste tweederde van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, en (iii) Logistique meer dan tweederde van de aandelen in Logfret houdt. En dan komt het: “Vooralsnog betekent dit dat Logistique [...] in beginsel bevoegd zou zijn haar zeggenschap aan te wenden om het ontslag van Kirsha als bestuurder van Logfret te effectueren. In haar wens van die mogelijkheid gebruik te maken ligt haar belang bij het verzoek besloten.” In deze overweging dient niet gelezen te worden dat de verzoeker slechts dan een redelijk belang heeft wanneer hij in de vergadering zelfstandig de door hem gewenste besluiten kan nemen. Die lezing zou ertoe leiden dat de 1%-drempel van art. 2:220 BW via het redelijk belang *de facto* opgehoogd wordt tot de voor de besluitvorming benodigde meerderheid. Dat kan niet de bedoeling zijn. Een 5%-aandeelhouder kan heel wel een redelijk belang hebben bij een vergadering waarin over het ontslag van een bestuurder gestemd wordt, ook al is voor het besluit een twee derde meerderheid vereist. Het redelijk belang ontbreekt wel als de door de verzoeker dan wel eiser gewenste besluiten op de vergadering nimmer genomen kunnen worden. Dat zal niet vaak zo zijn, maar in casu doet het zich voor als Kirsha’s uitleg van de statutaire aanbiedingsplicht klopt, zie ook r.o. 4.11. De voorzieningenrechter acht die uitleg overigens niet aannemelijk (r.o. 4.17). Samengevat komt Kirsha’s standpunt ten aanzien van de aanbiedingsplicht op het volgende neer: met het overlijden van A is de zeggenschap binnen Logistique gewijzigd waardoor Logistique haar aandelen in Logfret aan Kirsha moet aanbieden; nu Logistique dat niet heeft gedaan, kan zij tot op het moment dat zij dat wel doet het stemrecht op de aandelen niet uitoefenen. Als dit standpunt juist is heeft Logistique geen redelijk belang bij het houden van de vergadering. De door haar gewenste besluiten kunnen onmogelijk genomen worden wanneer op bijna 75% van de aandelen geen stem mag worden uitgebracht, en het zeker is dat de enige andere aandeelhouder tegen zal stemmen. Het houden van de vergadering heeft in die situatie geen enkel nut.

6. *Afsluiting*. Tot slot nogmaals over de “kortgedingmachtiging” tegenover de “art. 2:221 BW-machtiging”. De kans bestaat dat een rechter in een bodemprocedure oordeelt dat Kirsha’s lezing van de aanbiedingsplicht toch de juiste is (zie ook r.o. 4.17). Logistique had in dat geval niet mogen stemmen op de vergadering die op basis van dit kortgedingvonnis wordt gehouden. Als Logistique niet mocht stemmen had zij geen redelijk belang, met als gevolg dat de voorzieningenrechter de machtiging niet had mogen verlenen. Als nu de procedure van art. 2:221 BW was gevolgd, was de oproeping zoals gezegd immer rechtsgeldig op grond van lid 2. Met andere woorden: de op de vergadering genomen besluiten kunnen dan niet vernietigd worden vanwege een gebrek in de oproeping. De vraag is of hetzelfde geldt als in een bodemvonnis de onjuistheid van het kortgedingvonnis komt vast te staan. Volgens mij is dat niet het geval. Het bodemvonnis stelt het onjuiste kortgedingvonnis weliswaar *ex nunc* terzijde; voor de toekomst valt de grondslag van de voorlopige voorziening weg (Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/235). Maar zie ik het goed dan staat de *ex nunc*-terzijdestelling niet in de weg aan een vordering van Kirsha tot vernietiging van zowel het ontslag- als het benoemingsbesluit. Die vordering wordt namelijk – gerekend vanaf het moment waarop het bodemvonnis wordt gewezen – in de toekomst ingesteld. Op dat moment is de “kortgedingmachtiging” als gevolg van het bodemvonnis komen te vervallen. De op de vergadering genomen besluiten zijn dan vernietigbaar ex art. 2:15 lid 1 sub a BW. De keuze voor een te volgen procedure krijgt zo verstrekkende gevolgen.

mr. E.-J. Breukink, promovendus Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen