

De totstandkoming en uitleg van besluiten. Een vloeiende lijn tussen Boek 2, Haviltex en cao?

Koen van Vught*

Organen van rechtspersonen nemen besluiten. Welke vereisten gelden voor de totstandkoming daarvan? En hoe moeten besluiten – eenmaal tot stand gekomen – worden uitgelegd? Deze bijdrage bespreekt beide vragen naar geldend en wenselijk recht, mede aan de hand van rechtsvergelijking.

1 Inleiding

Organen van rechtspersonen nemen besluiten. Wanneer komen deze besluiten tot stand? En hoe moeten ze worden uitgelegd? Het antwoord op deze vragen kan van belang zijn. Alleen wie bij besluit is benoemd, is bestuurder.¹ Of en wanneer is besloten om aandelen uit te geven, bepaalt soms wie in een vennootschap de meerderheid en dus de macht heeft.² De beschermingsstichting die een aan haar verleende optie tot het nemen van aandelen meermaals wenst te gebruiken, kan dat slechts als (de uitleg van) het uitgiftebesluit dat toelaat.³ En soms maakt de interpretatie van een bezoldigingsbesluit het verschil tussen een lucratieve bonus en lege handen.⁴

De totstandkoming en uitleg van besluiten doet er toe. Dat mag geen verrassing heten. De rechtsposities van betrokkenen in een rechtspersoon hangen namelijk mede van besluiten af

De totstandkoming en uitleg van besluiten doet er dus toe. Dat mag geen verrassing heten. De rechtsposities van betrokkenen in een rechtspersoon hangen namelijk mede van besluiten af. Denk aan het recht op dividend, dat dikwijls voortvloeit uit een besluit om de jaarrekening vast te stellen. Sommige besluiten beïnvloeden zelfs de rechtspositie van een derde. Zo maakt een toelatingsbesluit iemand tot lid van een vereniging.⁵

Deze bijdrage beziet allereerst wanneer een besluit tot stand komt (§ 2). Centraal staat in hoeverre een besluit vormvrij of stilzwijgend tot stand kan komen, een kwestie die vooral speelt bij benoemingsbesluiten. In dit verband behoeft ook speciale aandacht of en wanneer gewekt vertrouwen een besluit kan meebrengen. Zulke 'schijnbesluiten' veroorzaken niet alleen academische hoofdpijn, maar leveren ook in de praktijk nogal eens hoofdbreken op. Vervolgens komt de uitleg van besluiten aan de orde (§ 3). Daarbij speelt in het bijzonder welke maatstaf de uitlegger van een besluit moet aanleggen en welke gegevens hij in die uitleg moet meenemen.

* Mr. K.A.M. van Vught is promovendus bij het Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit.

1 Zie HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Van Ekelenburg / Squamish*).

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

3 Vgl. R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (diss. Nijmegen; Serie VHI deel 147), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 259-260.

4 Vgl. Rb. Rotterdam 27 juli 2011, *JOR* 2011/359, m.nt. L.G. Verburg (*SBM Offshore*).

5 Zie over besluiten met externe werking K.A.M. van Vught, 'Externe besluiten en derden', *WPNR* 2015, afl. 7085, p. 999-1008.

6 Zie ook S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (Serie IvO, deel 31), Deventer: Kluwer 1999, p. 86-91, met verwijzingen naar meer jurisprudentie.

7 Zie vooral HR 12 november 1971, *NJ* 1972/41, m.nt. G.J. Scholten (*Prisma Shoes*), HR 14 januari 1994, *NJ* 1994/405, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Stichting Handreiking*), r.o. 3.4.

Het loont om de totstandkoming en de uitleg van besluiten tezamen te bespreken, nu deze nauw aan elkaar verwante leerstukken in de praktijk vaak door elkaar spelen. Het is bovendien leerzaam om naar het Duitse en het Belgische recht te kijken. Bij de burens luidt het recht vaak eender, maar soms vreemder. Een uitvoerige rechtsvergelijking is evenwel niet het doel van deze bijdrage, zodat het Duitse en het Belgische recht alleen langskomen waar ze tot een ander Nederlands recht kunnen inspireren.

Als uitgangspunt komt een besluit vormvrij tot stand. Stilzwijgend besluiten is niet ondenkbaar. Een uitdrukkelijke stemming noch een schriftelijke vastlegging is vereist

2 Totstandkoming

2.1 Geldend recht

Als uitgangspunt komt een besluit vormvrij tot stand.⁶ Stilzwijgend besluiten is niet ondenkbaar. Een uitdrukkelijke stemming noch een schriftelijke vastlegging is vereist, omdat het uitbrengen van een stem evenmin als elke andere verklaring aan een vorm is gebonden (art. 3:37 lid 1 BW).⁷ Zo kan een besluit van de algemene vergadering om de termijn voor het opmaken van de jaarrekening te verlengen uit het 'feitelijk gebeuren' voortvloeien, zeker als de twee aandeelhouders van de vennootschap ook het bestuur vormen.⁸ Een besluit kan bovendien besloten liggen in een andere verklaring, bijvoorbeeld als alle aandeelhouders de jaarrekening hebben ondertekend in hun hoedanigheid van bestuurder (art. 2:210 lid 5 BW) of als de enig aandeelhouder het aan de Kamer van Koophandel geadresseerde formulier tot inschrijving van een bestuurder medeondertekent en aldus buiten vergadering tot diens benoeming besluit.⁹ Verder kan ook een gedraging een besluit impliceren, evenals dat het ene besluit stilzwijgend het andere kan omvatten.¹⁰ Ten slotte hoeft een besluit de rechtspersoon (dat wil zeggen het bestuur) niet bereikt te hebben om zijn werking te hebben. Artikel 3:37 lid 3 BW geldt niet, omdat besluiten naar hun aard ongericht zijn.¹¹

Intussen verzet geen regel van geldend recht zich tegen impliciete besluitvorming. De voorzitter beslist ex artikel 2:13 lid 3 BW niet of een besluit tot stand is gekomen, maar alleen welke inhoud dat heeft.¹² Buiten vergadering kan, zo zou ik willen aannemen, ook zonder schriftelijk stuk een besluit tot stand komen, omdat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 2:128 lid 1/238 lid 2 BW geen constitutieve werking heeft en het niet-naleven daarvan een besluit slechts vernietigbaar maakt.¹³ Dit geldt evenzo voor de raadgevende stem voor bestuurders en commissarissen (art. 2:117 lid 4/227 lid 7 BW) en het schriftelijkheidsvereiste in eenpersoonsvennootschappen (art. 2:137/247 BW).¹⁴ Ook het ontbreken van notulen¹⁵ of het verzuimen van de aantekeningplicht (art. 2:120/230 lid 4 BW) verhindert de totstandkoming van een besluit niet.¹⁶

Ook notulen laten de vormvrije totstandkoming van besluiten onverlet. Ze hebben slechts vrije bewijskracht. De rechter mag aan de notulen de waarde toekennen 'als hij in ieder geval zal vermeenen te behoren'. Het aldus luidende artikel 46 (oud) K heeft zijn gelding behouden, zodat de notulen geen dwingende bewijskracht opleveren in de zin van artikel 157 lid 2 Rv.¹⁷ Dit is anders als van de vergadering een notarieel proces-verbaal is opgemaakt overeenkomstig de statuten of na opdracht van de algemene vergadering. Neemt de notaris in dat geval waar dat een besluit is genomen, dan staat daartegen slechts tegenbewijs open (art. 157 lid 2 jo. 151 Rv). Was de notaris daarentegen niet ter vergadering aanwezig, dan komt de notulen geen dwingende bewijskracht toe al zijn ze gehecht aan een notariële akte.¹⁸ Overigens is 'historisch revisionisme' nimmer mogelijk; een besluit kan niet achteraf worden gefabriceerd door de notulen in een latere vergadering gewijzigd vast te stellen.¹⁹

Sommige rechtspraak voert een andere koers dan de vormvrije. Aan sommige besluiten lijken weleens hogere eisen te worden gesteld

Niettemin voert sommige rechtspraak een andere koers dan de vormvrije. Aan sommige besluiten lijken weleens hogere eisen te worden gesteld.²⁰ Zo oordeelde de

OK 15 mei 1997, *NJ* 1998/517 (*Hoffmann Beheer*), r.o. 4.1, Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JOR* 2004/7 (*Invensys Systems*), r.o. 4.6 en Rb. Oost-Nederland 20 maart 2013, *JAR* 2013/132, m.nt. K. Wiersma (*Sensient Dehydrated Flavors*), r.o. 6.5.

- 8 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1991, r.o. 4.4-4.5, te kennen uit HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kempes en Sarper*).
- 9 Rb. Oost-Nederland 20 maart 2013, *JAR* 2013/132, m.nt. K. Wiersma (*Sensient Dehydrated Flavors*), r.o. 6.7. Anders ten aanzien van een aandeelhoudersovereenkomst: Hof Arnhem 26 september 2006, *JOR* 2007/2 (*Timmerman/Boeve*), r.o. 5.6, met terecht kritische noot van J.M. Blanco Fernández.
- 10 Vgl. HR 20 februari 2004, *JOR* 2004/93, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Hartog Holding*), r.o. 3.3-3.4.
- 11 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Janssen Pers*), r.o. 3.3.1. Dit ligt mijns inziens anders voor externe besluiten, omdat die zich wel tot een derde richten en dus mededeling behoeven ex art. 3:37 lid 3 BW. Zie *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 161 (TM): 'Eenzijdige besluiten, die de vereniging wel kan nemen ten nadele van een derde, als b.v. het ontslag van een bestuurder, moeten deze worden medegeedeeld [...]'. *Janssen Pers* is in zoverre minder juist.
- 12 *Parl. Gesch. Aanp. Boek 2 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 164 (MvT Inv). Zie nader § 3.1 hierna.
- 13 Zo ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/378. Nietigheid als sanctie komt mij overtrokken voor en volgt niet uit art. 3:39 BW. Uit art. 2:15 lid 1 sub a BW als *lex specialis* vloeit anders voort. Vanzelfsprekend moet eenieder o.g.v. art. 2:128/238 BW met (het nemen van) het besluit hebben ingestemd. Zie Hof Amsterdam 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3212, r.o. 3.4.2. Anders: Dumoulin 1999, p. 82, B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium (Deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013, § 45.2, p. 833 en Van Schilfgaarde/Schoonbrood, Winter & Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/92, alsook wellicht HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Janssen Pers*), r.o. 3.3.1.
- 14 H.E. Boschma, *De eenpersoons-BV* (diss. Groningen; Serie IvO deel 28), Deventer: Kluwer 1997, p. 61. Art. 2:137/247 BW lijkt van toepassing op besluiten. Zo ook A-G Timmerman, in zijn conclusie voor HR 9 juli 2004, *JOR* 2004/266, m.nt. F.J.P. van



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

den Ingh (*Duplicado/Goedkoop q.q.*), onder 3.18. Vgl. verder *Kamerstukken II 1990/91, 21959, 5, p. 5* (MvA).

15 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 146 (MvA II). Er is geen notuleerplicht, maar uit de statuten, een reglement of de gewoonte kan anders voortvloeien. Zie H.J.M.N. Honée, 'Verslaglegging; inzage-recht na vergadering', in: R.J.C. van Helden e.a., *Problemen rondom de algemene vergadering* (Serie VHI deel 45), Deventer: Kluwer 1994, p. 82-84.

16 En leidt – anders dan de raadgevende stem en het schriftelijkheidsvereiste in de eenpersoonsvennootschap – evenmin tot nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit. Boschma 1997, p. 59-60 en Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 45.1, p. 829.

17 *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 622 (MvT), Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek*, Deventer: Kluwer 2013/222 en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:13 BW, aant. 13.3. Anders: B.C.M. Waaijer, 'Notaris en vertegenwoordiging door besluiten (II)', *WPNR* 1994, afl. 6148, p. 589,

Rechtbank Amsterdam dat een emissiebesluit gezien de daaraan verbonden zwaarwegende gevolgen 'expliciet en concreet' moet zijn.²¹ Iets soortgelijks overwoog het Hof 's-Gravenhage ten aanzien van een roeymentsbesluit.²² En de Hoge Raad stelde, onder de oude tegenstrijdigbelangregeling, de eis dat een besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger uitdrukkelijk moest worden genomen.²³

Dit alles neemt niet weg dat de statuten de totstandkoming van een besluit aan een zekere vorm kunnen binden. Ze kunnen er bijvoorbeeld in voorzien dat een besluit eerst tot stand komt na schriftelijke vastlegging door de voorzitter. Wordt zo'n bepaling niet nageleefd, dan is de sanctie vernietigbaarheid, nu het een totstandkomingsgebrek betreft in de zin van artikel 2:15 lid 1 onder a BW.²⁴ Een dergelijk voorschrift verhindert de totstandkoming van een besluit dus niet. Overigens kunnen de statuten het oordeel van de voorzitter over de totstandkoming van een besluit mijns inziens niet als beslissend aanmerken.

Dat zou immers een oordeel van de rechter afsnijden, zonder dat artikel 2:13 lid 3 BW daarvoor uitdrukkelijk de ruimte biedt.²⁵

2.2 Benoemingsbesluiten

Veel jurisprudentie is voorhanden over de totstandkoming van benoemingsbesluiten. In de kennelijk veelvoorkomende 'standaardcasus' is X een hooggeplaatste werknemer van vennootschap Y, die zich gedraagt als ware hij statutair bestuurder. Als de algemene vergadering X wil ontslaan, stelt X dat hij bij gebreke aan een formeel benoemingsbesluit nooit bestuurder is geworden en derhalve de ontslagbescherming van een werknemer geniet.²⁶ Vennootschap Y beroept zich op haar beurt op het bestaan van een impliciet benoemingsbesluit. Wie heeft gelijk? De lijn van de Hoge Raad is wat onbepaald. In *Prisma Shoes* neemt hij aan dat een benoemingsbesluit besloten kan liggen in een door alle aandeelhouders ondertekende arbeidsovereenkomst.²⁷ In *Stichting Handreiking* sanctioneert de Hoge Raad bovendien een impliciet benoemingsbesluit, dat wil zeggen een besluit zonder

formele stemming of vastlegging.²⁸ Maar zijn *Minerva*-arrest wijst de andere kant op. In die zaak komt het niet tot een uitdrukkelijk benoemingsbesluit, maar wordt de leden van een flatcoöperatie ter vergadering slechts medegedeeld dat de ene bestuurder is vervangen door een andere. De leden maken geen bezwaar en protesteren ook later niet. De rechtbank veronderstelt daarom een stilzwijgend besluit, maar de Hoge Raad casseert. Zonder dit te motiveren overweegt de Hoge Raad dat uit de onweersproken mededeling noch uit het feit dat de 'bestuurder' als bestuurder heeft gefunctioneerd, een besluit kan worden afgeleid.²⁹ Ten slotte geeft het bekende arrest *Van Ekelenburg/Squamish* geen uitsluitsel. In cassatie stond vast dat geen besluit was genomen, ook niet stilzwijgend. De Hoge Raad maakte daarom slechts korte metten met het in het cassatiemiddel opgeworpen betoog dat de gerechtvaardigde schijn van een benoemingsbesluit was gewekt in de zin van artikel 3:35 BW, niet met de gedachte van een impliciet benoemingsbesluit.³⁰ Ook het *Imeko*-arrest onderstreept slechts dat de benoeming tot bestuurder een besluit van het daartoe bevoegde orgaan behoeft, niet dat dat besluit aan een zekere vorm moet voldoen.³¹

Intussen is de lagere rechtspraak verdeeld. De meeste rechters staan niet afwijzend tegen de mogelijkheid van een impliciet benoemingsbesluit, mits uit voldoende gestelde gegevens en omstandigheden blijkt dat een besluit is genomen.³² Heel soms wordt evenwel een formele lijn gevolgd, maar in die gevallen laat zich dat verklaren doordat onvoldoende is gesteld.³³ Al met al lijkt ook een benoemingsbesluit impliciet te kunnen worden genomen – dat wil zeggen zonder dat notulen voorhanden zijn die een uitdrukkelijk besluit bevatten – maar dat vergt wel dat feiten en omstandigheden zijn gesteld die daarop duidelijk wijzen. De feiten moeten de algemene vergadering betreffen; gedragingen van de beweerdelijk bestuurder volstaan op zichzelf niet. *Van Ekelenburg/Squamish* vereist immers een besluit. Dat de 'bestuurder' naar buiten heeft vertegenwoordigd, beslissingen heeft genomen en is ingeschreven in het Handelsregister kan de doorslag niet geven.³⁴ Aangezien de vennootschap een bevrijdend verweer voert – 'X is bestuurder en is dus rechtsgeldig ontslagen' – rust de bewijslast op de vennootschap.

Zowel het besluit als de daarvoor benodigde stemmen kunnen informeel komen vast te staan, al laat de praktijk van het benoemingsbesluit zien dat de rechter doorgaans eist dat de ter zake gestelde feiten een zekere substantie hebben

Al met al kan een besluit vormvrij tot stand komen. Besluitvorming hoeft niet noodzakelijkerwijs een formeel, uitdrukkelijk of schriftelijk karakter te hebben. Een besluit kan ook uit de feiten en omstandigheden worden afgeleid, temeer als die gegevens aantonen dat de vereiste stemmenmeerderheid is verkregen of dat het bevoegde orgaan heeft besloten. Zowel het besluit als de daarvoor benodigde stemmen kunnen derhalve informeel komen vast te staan, al laat de praktijk van het benoemingsbesluit zien dat de rechter doorgaans eist dat de ter zake gestelde feiten een zekere substantie hebben. Gedragingen van anderen dan het bevoegde orgaan kunnen daaraan niet bijdragen. Wel kan de aard van het besluit maken dat zwaardere totstandkomingseisen gelden, bijvoorbeeld als het besluit zwaarwegende gevolgen heeft.

2.3 Commentaar

De heersende lijn verdient in het algemeen instemming. Het gekozen uitgangspunt van vormvrijheid komt overeen met het in het burgerlijk recht algemene principe van consensualisme.³⁵ Overeenkomstig artikel 3:59 jo. 3:37 lid 1 BW is een besluit niet gebonden aan een zekere vorm, tenzij de wet of de statuten anders bepalen. Boek 2 BW bepaalt in zoverre anders, dat het besluitvorming aan een zekere procedure koppelt, maar dat doet aan het uitgangspunt niet af. Bovendien verhinderen de procedure-regels van Boek 2 BW de totstandkoming van een besluit niet, zoals hierboven bleek. Hoe dan ook zie ik geen reden om het besluit principieel anders te behandelen dan andere rechtshandelingen. De aard van het besluit noopt daartoe niet.

In het bijzonder geeft het objectiefrechtelijk karakter van het besluit voor een meer formele benadering geen grond. Objectief recht is het besluit, omdat een besluit zonder aanvaarding geldt voor degenen

evenwel met voorbijzien aan de wetsgeschiedenis.

- 18 Vgl. art. 46 (oud) K: 'vrij[le] bewijskracht [...], onverminderd de wettelijke bewijskracht van authentieke akten'. Zie verder F.K. Buijn, 'Het proces-verbaal van vergadering', *WPNR* 1987, afl. 5822, p. 171-173 en Rb. Rotterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4006 (*Stichting Moskee Essalam*), r.o. 4.16. Anders: Honée 1994, p. 85-89.
- 19 *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 146 (MvA II).
- 20 Zo ook Dumoulin 1999, p. 90 en Van den Ingh, in zijn noot onder HR 9 juli 2004, *JOR* 2004/266 (*Duplicado/Goedkoop q.q.*).
- 21 Rb. Amsterdam 15 mei 1996, *JOR* 1996/71, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Thomas Rap*), r.o. 11.
- 22 Hof 's-Gravenhage 2 mei 1986, *NJ* 1987/424 (*Postduivenvereniging De Eendracht*), r.o. 6.
- 23 HR 9 juli 2004, *JOR* 2004/266, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Duplicado/Goedkoop q.q.*), r.o. 3.5.2.
- 24 Vgl. de vindplaatsen en het opgemerkte in noot 13 hierboven.
- 25 Zo ook L. Timmerman, 'Nietigheid en vernietiging van besluiten', in: C.W. de Monchy & L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW* (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 62, *Handboek* 2013/223, Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I** 2015/288 en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:13 BW, aant. 10.2.
- 26 Een bestuurder kan te allen tijde worden ontslagen (art. 2:134/244 lid 1 BW), als gevolg waarvan in beginsel ook zijn arbeidsovereenkomst eindigt (o.a. HR 15 april 2005, *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen (*Eggenhuizen/Unidek*), r.o. 3.4.3). Voor een werknemer gelden de regels van Boek 7 BW ten volle.
- 27 HR 12 november 1971, *NJ* 1972/41, m.nt. G.J. Scholten (*Prisma Shoes*).
- 28 HR 14 januari 1994, *NJ* 1994/405, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Stichting Handreiking*), r.o. 3.4.
- 29 HR 2 juni 1977, *NJ* 1978/238, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Coöperatieve Flatexploitatie Vereniging Minerva*).
- 30 HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Van Ekelenburg/Squamish*), r.o. 3.2.1 slot.
- 31 HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75, m.nt. L.G. Verburg (*Imeko*), r.o. 3.4.
- 32 Ktg. Haarlem 29 september 1995, *JAR* 1995/240 (*Klaverwier*), OK 15 mei 1997, *NJ* 1998/517 (*Hoffmann Beheer*), r.o. 4.1, Ktg. Enschede 3 juli 1998, *JOR* 1999/2 (*Fibex*), r.o. 3, Hof Amsterdam 1 maart 2007, *JAR* 2007/106, m.nt. E. Verhulp (*Veer Palthe Voûte*), r.o. 3.6, Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JOR* 2004/7 (*Invensys Systems*), r.o. 4.6 en Rb. Midden-Nederland 14 december 2006, ECLI:NL:RBMNE:2016:7732, r.o. 4.4.

33 Hof's-Gravenhage 8 juli 1999, *JAR* 1999/177 (*Van den Meeren-donk*), r.o. 8, Hof Arnhem 13 september 2005, *JOR* 2006/173, m.nt. H.M.L. Dings (*Lammers/Aerts q.q.*), r.o. 2.3 en Rb. Noord-Holland 3 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9377, r.o. 4.9.

34 Vgl. o.m. Rb. Overijssel 8 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4076 (*Topicus Overheid*), r.o. 4.5 e.v., GEA Sint Maarten 19 oktober 2016, *NJF* 2017/108, r.o. 4.8 en Rb. Oost-Brabant 7 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2074 (*DDP*), r.o. 4.14 e.v.

35 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41 en F.M. Van Cassel-van Zeeland, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 3:37 BW, aant. 2.1 en 2.4, met verwijzingen.

36 Zie over 'objectief recht' S.G.M. Buys, 'Statuten, reglementen en besluiten beschouwen als algemene voorwaarden?', *TVVS* 1992, p. 148-149, Smits 1999, p. 124 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/185.

37 Art. 2:13 lid 1 jo. 3:39 BW. Maar zie Dumoulin 1999, p. 192, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/284 en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:13 BW, aant. 2.3.2: als aan een zwaardere vorm is voldaan dan is voorgeschreven, is de stem geldig.

38 Of – zoals sommigen zeggen – non-existent. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/284 en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:13 BW, aant. 6.1. Ten onrechte anders: Rb. Leeuwarden 23 juni 2004, *JOR* 2004/228, m.nt. G.J.C. Rensen (*Hippisch Bungalowpark de Kloosterhof*), r.o. 3.7.

39 § 130 II en I jo. 241-2 AktG, waarover Spindler/Stilz/Rieckers, *Kommentar zum Aktiengesetz*, München: Beck 2015, AktG § 133, Rn. 48-52. Maar zie § 242 I AktG.

40 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, *GmbH-Gesetz*, München: Beck 2017, GmbHG § 47, Rn. 26-28. De statuten kunnen anders bepalen.

41 Zie Spindler/Stilz/Würthwein 2015, AktG § 241, Rn. 171 e.v.

42 Zie – reeds aangehaald – Rb. Amsterdam 15 mei 1996, *JOR* 1996/71, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Thomas Rap*), r.o. 11 en Hof 's-Gravenhage 2 mei 1986, *NJ* 1987/424 (*Postduivenvereniging De Eendracht*), r.o. 6.

43 Zie § 53 II GmbHG respectievelijk 13 III en 193 III Umwandlungsgesetz, waarover Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack 2017, GmbHG § 47, Rn. 28. In de AG moet als gezegd elk besluit van de *Hauptversammlung* notarieel worden neergelegd.

die in de rechtspersoon zijn betrokken. Een besluit maakt deel uit van het interne recht van de rechtspersoon.³⁶ Nog daargelaten dat lang niet elk besluit een algemene strekking heeft – een royementsbesluit bijvoorbeeld ziet op één lid – en in die zin nauwelijks algemene 'uitstraling' heeft, zegt de objectiefrechtelijke typering van het besluit niets over zijn totstandkoming. Ook objectief recht kan immers vormvrij tot stand komen; het objectieve betekent alleen dat het besluit jegens eenieder *werkt*. Vóór de vormvrijheid pleit bovendien dat, gelet op het ook binnen een rechtspersoon geldende autonomiebeginsel, waarde moet worden gehecht aan de verklaringen van de individuen die hun stem afgeven en daarmee de wil van de rechtspersoon bepalen. Die stemmen zijn naar geldend recht vormvrij. Waar de statuten ze binden aan een zekere vorm, raakt het veronachtzamen van dat vormvereiste een besluit niet in zijn totstandkoming, maar leidt het slechts tot vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 onder a BW. Slechts indien naar de vorm onjuist uitgebrachte stemmen nietig zijn³⁷ én daardoor aan het besluit de vereiste meerderheid komt te ontvallen, dan is het besluit nietig.³⁸

De rechtspraak kan met het uitgangspunt van vormvrijheid goed uit de voeten; dat de vennootschap met voldoende feiten moet bewijzen dat een benoemingsbesluit is genomen, komt mij juist voor en leidt tot rechtvaardige uitkomsten

Ook meer praktisch is vormvrijheid het juiste vertrekpunt. Of een besluit voorligt, speelt vooral ten aanzien van de ontslagen werknemer-pseudobestuurder. De rechtspraak kan met het uitgangspunt van vormvrijheid goed uit de voeten; dat de vennootschap met voldoende feiten moet bewijzen dat een benoemingsbesluit is genomen, komt mij juist voor en leidt tot rechtvaardige uitkomsten. Het stellen van – om maar wat te noemen – een schriftelijkheidseis leidt ertoe dat een sluwe 'bestuurder' al te snel van ontslagbe-

scherming gebruik kan maken waarop hij redelijkerwijs niet mocht rekenen. Rechtvaardig zou die uitkomst niet zijn. Voorts laat het Duitse recht zien dat vormvereisten hun doel lichtelijk voorbijschieten. Enerzijds zijn wettelijke eisen niet zelden te ongericht. Het is lastig uit te maken voor welke besluiten door welke organen in welke rechtspersonen een vormvereiste noodzakelijk is. Zo laat zich moeilijk rechtvaardigen dat een besluit van de *Hauptversammlung* van een AG alleen tot stand komt wanneer het formeel is vastgesteld door de voorzitter en bovendien is neergelegd in een notarieel protocol van de vergadering,³⁹ terwijl een besluit van de *Gesellschafterversammlung* van een GmbH in de regel vormvrij is.⁴⁰ Dat heeft iets arbitrairs. Een AG met maar enkele aandeelhouders kan net zo besloten zijn als een GmbH, terwijl een GmbH even open kan zijn als een AG. Anderzijds bestaat in Duitsland niet minder discussie over de vraag of een besluit tot stand gekomen is; dikwijls richten procedures zich op de vraag of de voorzitter een besluit juist heeft afgekondigd dan wel of het besluit juist is geprotocolleerd.⁴¹ Al met al komen algemene vormvereisten mij minder wenselijk voor.

Iets anders is dat het geen kwaad lijkt te kunnen om aan de totstandkoming van sommige besluiten zwaardere eisen te stellen, een gedachte die als gezegd in de rechtspraak reeds voorzichtige aanhang vindt ten aanzien van het emissie- en het royementsbesluit.⁴² De vraag is alleen voor welke besluiten dit moet gelden en wat de zwaardere eisen moeten inhouden. Wat het eerste betreft is het trekken van grenzen nog knap lastig, terwijl bij het tweede de vraag is wat zwaardere eisen toevoegen aan de bestaande formaliteiten. Het Duitse recht illustreert beide punten. Ten eerste volgt steeds uit de wet welke vereisten gelden, om onzekerheid te vermijden. Het is anders niet uit te maken welke besluiten belangrijk zijn. Ten tweede zijn de formaliteiten in Duitsland vaak dubbelop. In de GmbH en in de AG moeten bijvoorbeeld besluiten van de *Gesellschafterversammlung* tot statutenwijziging, fusie en omzetting notarieel worden geprotocolleerd op straffe van nietigheid.⁴³ Daarenboven moeten die handelingen zelf in het handelsregister worden ingeschreven, waarbij de *Registerrichter* bovendien de rechtsgeldigheid van het besluit onderzoekt.

Vertaald naar Nederland zou Boek 2 BW kunnen bepalen dat besluiten die de structuur van de rechtspersoon raken, schriftelijk moeten worden genomen of zelfs dat ze notarieel moeten worden vastgelegd. De wet zou een lijstje van besluiten kunnen bevatten, waaronder mijns inziens in elk geval besluiten tot statutenwijziging, fusie, omzetting, ontbinding en uitgifte van aandelen. Ik zie hier weinig in. De genoemde handelingen kunnen toch al niet zonder notariële tussenkomst plaatsvinden. De notaris zal vrijwel steeds de notulen of een schriftelijk besluit willen zien. Als hij twijfelt, zal hij nader onderzoek verrichten. Deze waarborgen lijken me voldoende. Het kan aan de rechter worden overgelaten de aanwezigheid van sommige besluiten met zwaarwegende rechtsgevolgen stringenter te toetsen. Hij kan de lat voor totstandkoming wat hoger leggen. In zoverre verdient de besproken rechtspraak ten aanzien van het emissie- en royementsbesluit⁴⁴ navolging, ook voor benoemingsbesluiten. Een besluit hoeft niet schriftelijk te zijn vastgelegd, maar de feiten en stukken moeten de rechter de sterke overtuiging geven dat een besluit is genomen en welke inhoud dat besluit heeft. Voor zwaarwegende besluiten, die betrokkenen sterk treffen, zou Duits uitgedrukt een *Bestimmtheitsgebot* moeten gelden.

Mag de rechter een besluit construeren op grond van gewekt vertrouwen alléén, wanneer vaststaat dat in wezen geen besluit is genomen?

2.4 Schijnbesluitvorming

Als hoofdregel kan een besluit kortom vormvrij of stilzwijgend tot stand komen. De rechter kan een besluit afleiden uit de gestelde feiten en omstandigheden. Maar mag hij in dat oordeel betrekken dat de schijn van besluitvorming is gewekt? Nog sterker aangezet: mag de rechter een besluit construeren op grond van gewekt vertrouwen alléén, wanneer vaststaat dat in wezen geen besluit is genomen?⁴⁵

In het arrest *Vereniging Oud-Volendam* antwoordt de Hoge Raad bevestigend. Als iemand heeft aangenomen en redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat een besluit is genomen om hem toe te laten als lid van een vereniging, dan verdient zijn vertrouwen bescherming. De Hoge Raad verwijst naar het 'in art. 3:35 BW [...] vervatte beginsel'. Aan dat beginsel – dat

gerechtvaardigd vertrouwen wordt beschermd – doet niet af dat artikel 2:33 BW een toelatingsbesluit vereist. De aard van het besluit verzet zich tegen dit alles volgens de Hoge Raad niet (vgl. art. 3:59 BW), omdat uit artikel 2:16 lid 2 BW volgt dat de wetgever het mogelijk acht dat een besluit steunt op het gerechtvaardigd vertrouwen alléén.⁴⁶ Schijnbesluitvorming is dus mogelijk. Een schijnbesluit werkt bovendien niet slechts relatief, dat wil zeggen slechts jegens degene die daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd, maar heeft als elk besluit werking *erga omnes*. De Hoge Raad overweegt namelijk dat degene die op een toelatingsbesluit vertrouwd, 'als lid van de vereniging heeft te gelden'.⁴⁷ Relatief lidmaatschap laat zich lastig denken, zoals ook halfzwangere vrouwen een zeldzaam fenomeen zijn.

Ontkennend luiden de overwegingen van de Hoge Raad evenwel in het arrest *Van Ekelenburg/Squamish*. In cassatie stond vast dat geen besluit was genomen, zodat Van Ekelenburg zich slechts kon beroepen op de bij hem gewekte schijn dat de algemene vergadering hem als bestuurder had benoemd.⁴⁸ De Hoge Raad drukt dat beroep spoorlags de kop in. Hij overweegt dat er geen ruimte is om als bestuurder aan te merken diegene die op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij in dat ambt was benoemd. De 'aard van de regel' dat de algemene vergadering een bestuurder benoemt, tenzij de raad van commissarissen bevoegd is (art. 2:132/242 BW), zou zich daartegen verzetten. Welke aard die regel dan heeft, laat de Hoge Raad in het midden. Vermoedelijk doelt hij evenals de rechtbank en de advocaat-generaal op het dwingendrechtelijk karakter van artikel 2:132/242 BW, maar dat is op zichzelf niet overtuigend. Ook artikel 2:33 BW bepaalt immers dwingendrechtelijk dat een besluit de toelating van een lid tot een vereniging bewerkstelligt – moeilijk te begrijpen is dat zo'n toelatingsbesluit dan wél op gewekt vertrouwen kan berusten, zoals de Hoge Raad in *Vereniging Oud-Volendam* besliste. Tussen artikel 2:33 BW en artikel 2:132/242 BW zit op dit punt geen verschil. Maar, belangrijker nog, de eis van een besluit staat aan gewekt vertrouwen niet in de weg. Uit artikel 3:35 BW volgt immers dat een geslaagd beroep op gerechtvaardigd vertrouwen er nu juist toe leidt dat een rechtshandeling tot stand komt.⁴⁹ Ook het vertrouwen zou derhalve een benoemingsbesluit kunnen bewerkstelligen, zodat aan artikel 2:132/242 BW is voldaan.

⁴⁴ Overigens eist art. 2:34 lid 4 BW reeds dat van een royementsbesluit schriftelijk mededeling wordt gedaan aan de betrokkene.

⁴⁵ Zie hierover ook Dumoulin 1999, p. 91.

⁴⁶ HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/228, m.nt. F.C. Kollen (*Vereniging Oud-Volendam*), r.o. 5.2.2.

⁴⁷ HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/228, m.nt. F.C. Kollen (*Vereniging Oud-Volendam*), r.o. 5.2.2.

⁴⁸ Zie HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Van Ekelenburg/Squamish*), r.o. 3.2.1 slot. In dezelfde zin reeds HR 2 juni 1977, *NJ* 1978/238, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Coöperatieve Flatexploitatie Vereniging Minerva*).

⁴⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/139.

Het verschil tussen *Vereniging Oud-Volendam* en *Van Ekelenburg/Squamish* laat zich wellicht verklaren in de omstandigheid dat de Hoge Raad heeft willen aansluiten bij artikel 2:16 lid 2 BW.⁵⁰ Die bepaling voorziet erin dat een derde wordt beschermd als een voor hem relevant besluit met externe werking nietig is of wordt vernietigd. Die bescherming geldt evenwel niet voor degene die meende rechtsgeldig tot bestuurder of commissaris benoemd te zijn; de rechtspersoon kan een gebrek in een benoemingsbesluit steeds aan de betrokkene tegenwerpen, zo bepaalt de laatste volzin van artikel 2:16 lid 2 BW. De gedachte is dat de rechtspersoon er een zwaarwegend belang bij heeft dat niet iemand toetreedt tot de kring van de rechtspersoon als gevolg van gewekte rechtsschijn.⁵¹ Artikel 2:16 lid 2 BW maakt dus een uitzondering voor benoemingsbesluiten, die de Hoge Raad in *Van Ekelenburg/Squamish* overneemt.

De aard van het besluit maakt dat met een beroep op gewekt vertrouwen maar hoogstzelden een besluit in elkaar kan worden geknutseld

Niettemin verdient de lijn van de Hoge Raad ook aldus begrepen geen navolging. Weliswaar is het uitgangspunt de (analogische) toepassing van artikel 2:16 lid 2 BW,⁵² maar de aard van het besluit maakt dat met een beroep op gewekt vertrouwen maar hoogstzelden een besluit in elkaar kan worden geknutseld. Dat is om drie redenen het geval. Ten eerste brengt de toepassing van artikel 2:16 lid 2 BW mee dat een uitzondering geldt voor benoemingsbesluiten. Die in *Van Ekelenburg/Squamish* gevolgde uitzondering, die een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen afsnijdt, moet evenwel worden uitgebreid tot alle besluiten die de structuur van de rechtspersoon raken of die net als benoemingsbesluiten een betrokkene doen toetreden tot de kring van de rechtspersoon. Wat de eerste categorie betreft denk ik aan een besluit tot ontbinding of statutenwijziging. In de tweede categorie valt het emissiebesluit⁵³ en het besluit tot toelating van een lid in de vereniging. In zoverre verdient *Vereniging Oud-Volendam* heroverweging. De gewekte schijn zou niet moeten volstaan om zulke ingrijpende besluiten tot stand te brengen. Ook hier komt het *Bestimmtheitsgebot* om de hoek kijken.

Dat laatste moge wenselijk recht zijn, ook naar geldend recht is – ten tweede – de ruimte voor schijnbesluiten beperkter dan de jurisprudentie van de Hoge Raad doet geloven. Zowel het toelatingsbesluit van *Vereniging Oud-Volendam* als het benoemingsbesluit van *Van Ekelenburg/Squamish* kwam externe werking toe, dat wil zeggen die besluiten werkten rechtstreeks jegens het lid respectievelijk de bestuurder in kwestie. Veel besluiten werken daarentegen slechts intern en richten zich tot een onbepaalde groep betrokkenen. Denk aan het vaststellen van de jaarrekening of het wijzigen van de statuten. In die gevallen is schijnbesluitvorming moeilijk denkbaar, omdat het gerechtvaardigd vertrouwen van de één bezwaarlijk kan bewerkstelligen dat een rechtshandeling geldig is voor een oneindig aantal anderen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van één aandeelhouder zou dan tot een andere jaarrekening of andere statuten leiden. Dat spreekt niet aan. Niet zonder reden vindt artikel 3:35 BW, de vermogensrechtelijke pendant van artikel 2:16 lid 2 BW, geen toepassing op ongerichte rechtshandelingen.⁵⁴ Bovendien heeft het fenomeen van het relatief werkende besluit – een besluit dat slechts werkt jegens diegene die gerechtvaardigd vertrouwde – terecht bestrijding gevonden in de parlementaire geschiedenis en geleid tot artikel 2:16 lid 1 BW.⁵⁵ In interne situaties is een schijnbesluit derhalve uiterst moeilijk denkbaar.

Ten derde verdient nadruk dat artikel 2:16 lid 2 BW alleen degenen beschermt die te goeder trouw zijn. Toegepast op ‘schijnsituaties’ betekent dit dat de betrokkene daadwerkelijk op het besluit moet hebben vertrouwd én dat dit vertrouwen gerechtvaardigd is. Mijns inziens is dat vertrouwen niet gerechtvaardigd als het gaat om een *insider*, een nauw in de rechtspersoon betrokkene die uit hoofde van zijn rechtspersonenrechtelijke positie behoort te weten of een besluit genomen is of niet. Dat geldt in ieder geval voor de bestuurder en de commissaris, en soms ook voor andere institutioneel betrokkenen.⁵⁶ Daarbij komt dat, aan de andere kant, de schijn moet zijn gewekt door het tot besluitvorming bevoegde orgaan.⁵⁷ Oude jurisprudentie leert dat alleen degene met ‘overwegende beslissingsmacht’ in dat orgaan de schijn van besluitvorming kan wekken.⁵⁸ Het komt mij voor dat alleen de meerderheid de schijn op kan wekken dat een besluit is genomen. In een bestuur van drie bijvoorbeeld is de mededeling van één bestuurslid onvoldoende.⁵⁹

⁵⁰ Zo ook Van den Ingh in zijn noot onder HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1 (*Van Ekelenburg/Squamish*) en Van Schilfgaarde/Schoonbrood, Winter & Wezeman 2017/98.

⁵¹ *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. Boeken 3, 5 en 6)*, p. 176 (MvT Inv).

⁵² De Hoge Raad past art. 2:16 lid 2 BW als gezegd niet rechtstreeks toe, maar verwijst in *Vereniging Oud-Volendam* naar het beginsel van art. 3:35 BW. Ik zou echter menen dat art. 2:16 lid 2 BW – anders dan zijn tekst suggereert – ook toepassing kan vinden als een besluit ontbreekt. De ratio is dezelfde: of een besluit genomen is, is voor een betrokkene doorgaans evenmin na te gaan als de rechtsgeldigheid van het besluit. Zo ook S.M. van den Braak, ‘Iets en niets. Over de artikelen 4 en 16 lid 2 van Boek 2 BW’, in: R.C.J. Galle & M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Na twintig jaar Boek 2 BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 81-83 en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:16 BW, aant. 3.5. Anders: Timmerman 1991, p. 98.

⁵³ In dezelfde zin Timmerman 1991, p. 99.

⁵⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/133.

⁵⁵ Art. 2:16 lid 1 BW bepaalt dat de vernietiging of nietigheid van een besluit jegens allen werkt, met als doel om relatief werkende besluiten te voorkomen. Zie *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 161 (TM), 163 (MvA II) en 165 (Handelingen II).

⁵⁶ Vgl. Van Vught 2015, p. 1005-1007.

⁵⁷ Zo ook HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/228, m.nt. F.C. Kollen (*Vereniging Oud-Volendam*), r.o. 5.2.2.

⁵⁸ HR 4 juni 1977, *NJ* 1977/336, m.nt. B. Wachter (*Frank Liberty*).

⁵⁹ Vgl. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/545, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WGO/Koma*), r.o. 3.7.

Al deze obstakels in ogenschouw genomen, laat schijnbesluitvorming zich maar lastig denken. Slechts bij hoge uitzondering kan een besluit tot stand komen doordat de gerechtvaardigde schijn is gewekt. De rechter die beslist over de vraag of een besluit tot stand is gekomen, mag de omstandigheid dat de schijn is gewekt wel meewegen, maar moet daar uiterst terughoudend mee zijn.

De rechter die beslist over de vraag of een besluit tot stand is gekomen, mag de omstandigheid dat de schijn is gewekt wel meewegen, maar moet daar uiterst terughoudend mee zijn

3 Uitleg

3.1 Geldend recht – uitleg in het algemeen

Wie uitleg zegt, zegt *Haviltex*. Blijkens het overbekende arrest komt het bij de uitleg van een contractsbeding niet slechts aan op haar zuiver taalkundige bewoordingen, maar komt ook betekenis toe aan ‘de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.⁶⁰ De uitleg van een overeenkomst strekt ertoe de gemeenschappelijke bedoeling van partijen te achterhalen.⁶¹ De *Haviltex*-maatstaf is dan ook vooreerst subjectief.

Tegenover de *Haviltex*-maatstaf staat de objectieve cao-norm. Volgens de Hoge Raad zijn ‘voor de uitleg van de bepalingen van een cao, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevend betekenis’.⁶² Hier prevaleren derhalve de taalkundige bewoordingen, al neemt dat niet weg dat evengoed een rol spelen elders in de cao gebruikte formuleringen, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de verschillende interpretaties, de redelijkheid van de uitkomst alsmede voor derden kenbare gegevens.⁶³ Inmiddels geldt de cao-norm ook voor sommige andere geschriften die de rechtspositie van derden beïnvloeden, zoals verzekeringspolissen, overdrachtsakten en standaardovereenkomsten.⁶⁴ De *Haviltex*-maatstaf en de cao-norm lopen vloeiend in elkaar over, zo leert de Hoge Raad in *DSM/Fox*.⁶⁵

3.2 Geldend recht – uitleg van besluiten

Wat geldt nu voor het besluit? De summiere literatuur staat overwegend een objectieve uitleg voor, vermoedelijk indachtig de cao-norm. Kroeze betoogt, een beetje apodictisch, dat een besluit ‘een objectiefrechtelijk karakter’ heeft en dat bij de uitleg daarom ‘objectieve maatstaven’ moeten worden aangelegd.⁶⁶ Hiermee sluit hij kennelijk aan bij de uitleg van statuten, waarop naar algemene opvatting de cao-norm toepassing vindt.⁶⁷ Het interpreteren van besluiten zou aldus moeten geschieden aan de hand van de bewoordingen, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen en de redelijkheid van de uitkomst. Advocaat-generaal Timmerman huldigt dezelfde opvatting.⁶⁸ Smits ziet evenwel ruimte voor de subjectieve bedoeling van de ontwerpers van een besluit, terwijl ook Dumoulin een wat meer subjectieve benadering lijkt voor te staan, waar hij betekenis wenst toe te kennen aan – hij schrijft over besluitvorming in de algemene vergadering – de stemverklaringen van de aandeelhouders en de wetenschap van de vennootschap.⁶⁹

Ik stel mij de toepassing van de cao-norm op besluiten zo voor, dat het blikveld van de uitlegger beperkt is tot schriftelijke stukken die kenbaar zijn voor degenen die niet bij de besluitvorming waren betrokken. In de eerste plaats gaat het dan om het document waarin het besluit is neergelegd, zoals de notulen van de vergadering of een stuk waarin het besluit zelf is vastgelegd, dikwijls ondertekend door de leden van het orgaan dat besloot. Maar ook andere, kenbare stukken komen in aanmerking. Denk aan de statuten. Hoe dan ook impliceert de cao-norm dat de uitlegger de inhoud van een besluit niet mag afleiden uit gedragingen, bedoelingen of niet voor eenieder kenbare documenten. Naar die norm moet een besluit bovendien naar objectieve maatstaven worden uitgelegd. De taalkundige bewoordingen van het besluit zelf prevaleren, al moeten deze worden gelezen in samenhang met het gehele document – denk aan de rest van de notulen – en worden geplaatst tegen de achtergrond van alle voorhanden zijnde, kenbare stukken. Als een taalkundige benadering geen uitsluitel biedt, heeft bijvoorbeeld een uitleg in overeenstemming met de statuten de voorkeur boven een uitleg die tegen de statuten indruist.

Vindt de cao-norm weerklank in de rechtspraak? In de zaak *Ugchelenplaza* kijkt het Hof Arnhem-Leeuwarden vooral naar de notulen. Het let in het bijzonder op de daarin opgenomen toelichting die het bestuur op het

60 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

61 R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 11, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/362 en F.M. van Cassel-van Zeeland, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, art. 3:35 BW, aant. 5.4.1.

62 HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/HAS*), r.o. 3.3 en HR 24 september 1993, *NJ* 1994/174, m.nt. P.A. Stein (*Jacoba Hol/Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf*), r.o. 3.6.

63 Zie Tjittes 2009, p. 15, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/374 en W.L. Valk, ‘De maatstaf voor uitleg’, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Paris 2016, p. 32 e.v., en de daar aangehaalde jurisprudentie.

64 Zie verder Tjittes 2009, p. 16-17 en F.M. van Cassel-van Zeeland, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, art. 3:35 BW, aant. 5.6.1.

65 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.4.

66 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/185.

67 Zie Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 8, p. 174-175, *Handboek* 2013/149 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/185.

68 Timmerman, in zijn conclusie voor HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken (*ASMI*), onder 3.7.4.

69 J.M. Smits, ‘Over de uitleg van statuten ener rechtspersoon’, *Stichting & Vereniging* 1995, p. 127 en Dumoulin 1999, p. 180.

voorgestelde besluit heeft gegeven en op de precieze formulering waarover is gestemd. Daaruit bleek naar het oordeel van het hof ‘onmiskenbaar’ dat de algemene ledenvergadering van ondernemersvereniging Ugchelenplaza had besloten om de leden krachtens een statutaire grondslag te verplichten bij te dragen in de kosten van een plan om enkele winkelstraten opnieuw in te richten. Hoewel de tekst van het in stemming gebrachte voorstel anders suggereerde, bleek uit de notulen voor het overige dat het de bedoeling was een besluit te nemen met de genoemde inhoud. Wie zoals de appellant in kwestie betoogt dat ter vergadering iets meer of iets anders is gezegd dan uit de notulen volgt, moet – zo lees ik ’s hofs arrest – van goeden huize komen en zijn alternatieve interpretatie met bewijs staven.⁷⁰ Dit alles heeft wel wat weg van de cao-norm. Het hof vaart vooral op de tekst van de notulen, gelezen in samenhang, en hecht minder waarde aan de achterliggende bedoelingen die partijen bij het besluit hadden. Wat dat laatste betreft verlangt het hof althans een zekere vorm van bewijs.

In de rechtspraak komt de uitleg van besluiten verder zelden zo geprononceerd aan de orde.⁷¹ In een zaak waarin een drietal stichtingsbestuurders elkaars bestuurderschap betwisten, oriënteert het Hof Arnhem zich voor de uitleg van een benoemingsbesluit sterk op de schriftelijke stukken, dat wil zeggen op de notulen van de bestuursvergaderingen en – meer verrassend – de tussen bestuurders gewisselde correspondentie. Het hof hecht weinig betekenis aan de gedragingen van betrokkenen. Dat het bestuurslidmaatschap een tijdelijk karakter had, laat zich naar het oordeel van het hof evenmin afleiden uit mondeling gemaakte afspraken.⁷² Als ze er zijn, geven notulen vaak de doorslag. Dat kan ook moeilijk anders, nu de rechter naar het lijkt veelal geen andere gegevens ter beschikking heeft. Duidelijke notulen zeggen dan genoeg.⁷³ Zijn de woorden van de notulen niet duidelijk, dan valt evenals ten aanzien van de totstandkoming de voorzichtige tendens te zien dat de inhoud van sommige, zwaarwegende besluiten helder moet zijn, bij gebreke waarvan de rechter aanneemt dat geen besluit is genomen dan wel een besluit met minder verstrekkende consequenties.⁷⁴

Al is de uitlegmaatstaf niet helder, duidelijk is dat het oordeel van de voorzitter over de inhoud van een besluit beslissend is. Artikel 2:13 lid 3 BW, van regelen recht, stipuleert dat voor het geval waarin de stemming een niet-schriftelijk voorstel betreft. Het oordeel

van de voorzitter kan slechts onmiddellijk worden betwist, waarna een herstemming moet plaatsvinden (art. 2:13 lid 4 BW). Die nieuwe stemming heeft alleen zin als duidelijk is wat het voorstel inhoudt. De uitleg die de meerderheid in de herstemming geeft, is dan de juiste.⁷⁵ Behoudens het laatste geval lijkt artikel 2:13 lid 3 BW geen behulpzame bepaling. Dikwijls zal zij toepassing missen, omdat zeker in grote vergaderingen het voorstel schriftelijk zal zijn vastgelegd. Bovendien: hoe niet-schriftelijk is niet-schriftelijk? Dat een voorstel op de schriftelijke agenda voorkomt, maakt het nog niet schriftelijk. Mijns inziens heeft het oordeel van de voorzitter slechts betrekking op het niet-schriftelijke deel, zo valt uit het ‘voor zover’ van artikel 2:13 lid 3 BW af te leiden. Het zal dikwijls gaan om ter plekke geformuleerde, niet-schriftelijke amendementen op voorstellen.⁷⁶ Ten slotte heeft artikel 2:13 lid 3 BW weinig nut, als de voorzitter geen oordeel uitspreekt of als zijn oordeel op zichzelf voor meerdere interpretatie vatbaar is.⁷⁷ Mijns inziens moet niet te snel worden geconcludeerd dat de voorzitter heeft geoordeeld – het moet betrokkenen duidelijk zijn geweest dat van een bindende uitleg sprake was, omdat hun anders de mogelijkheid wordt ontnomen om tegen een zekere uitleg in het geweer te komen. Hoe dan ook blijft gezien artikel 2:8 lid 2 BW staan dat de rechter mag toetsen of de voorzitter in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen. Al met al is artikel 2:13 lid 3 BW een weinig nuttig voorschrift.

Bij gebreke aan eenduidig geldend recht ligt de vraag naar de uitleg van besluiten in volle omvang voor. Een blik over de grenzen kan dan inspireren. In Duitsland worden besluiten naar objectieve maatstaven uitgelegd

3.3 Duits en Belgisch recht

Bij gebreke aan eenduidig geldend recht ligt de vraag naar de uitleg van besluiten in volle omvang voor. Een blik over de grenzen kan dan inspireren. In Duitsland worden besluiten naar objectieve maatstaven uitgelegd. De uitleg richt zich naar de ‘objectieve verkeersopvatting’, niet naar de werkelijke wil van de stemmers noch naar de wijze waarop zij het

⁷⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, *JOR* 2017/159, m.nt. K.A.M. van Vught (*Ugchelenplaza*), r.o. 4.3 en 4.7.

⁷¹ Zie verder nog HR 26 november 2010, *JOR* 2011/7 (*Silver Lining*) en Rb. Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7428, r.o. 8-10. In HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken (*ASM*), speelt zijdelings de uitleg van enkele besluiten.

⁷² Hof Arnhem 11 juni 2012, *JOR* 2012/315, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Stichting Fontane*).

⁷³ Vgl. Hof Amsterdam 1 maart 2007, *JAR* 2007/106, m.nt. E. Verhulp (*Veer Palthé Voûte*), r.o. 3.5-3.6, GEA Sint Maarten 19 oktober 2016, *NJF* 2017/108, r.o. 4.9 en Hof Amsterdam 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3212, r.o. 3.4.3 slot.

⁷⁴ Vgl. de in § 2.1 besproken jurisprudentie.

⁷⁵ Zo ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/289.

⁷⁶ Zie *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 145 (MvA II) en J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, art. 2:13 BW, aant. 8.

⁷⁷ Vgl. Dumoulin 1999, p. 181.

besluit redelijkerwijze moesten opvatten. In zoverre vinden uitlegbepalingen § 133 BGB en § 157 BGB geen toepassing; het bijzondere karakter van een besluit maakt dat het objectiever wordt uitgelegd dan andere rechtshandelingen respectievelijk overeenkomsten.⁷⁸ In de uitleg wordt evenwel niet enkel de tekst van een besluit betrokken, maar ook alle omstandigheden die ‘naar buiten’ kenbaar zijn en aan de besluitvorming ten grondslag hebben gelegen.⁷⁹ Te denken valt aan de in de agenda opgenomen toelichting op een voorgesteld besluit.⁸⁰ Daarnaast kan het doel van een besluit, voor zover objectief kenbaar, aan de uitleg richting geven.⁸¹ Alles tezamen lijkt de Duitse lijn sterk op onze cao-norm. De ratio ervan is ook in Duitsland dat een besluit mede werkt jegens personen die aan de totstandkoming daarvan niet hebben meegewerkt.⁸² Daarnaast wijzen sommige Duitse schrijvers op de aard van het besluit, dat, anders dan een overeenkomst, niet bestaat uit overeenstemmende wilsverklaringen en derhalve los van die verklaringen (de stemmen) moet worden uitgelegd.⁸³

Artikel 1156 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek gebiedt de uitleggende rechter om de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen op te sporen, die dan prevaleert boven ‘de letterlijke zin van de woorden’

Hoegenaamd anders luidt het Belgisch recht. Artikel 1156 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek gebiedt de uitleggende rechter om de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen op te sporen, die dan prevaleert boven ‘de letterlijke zin van de woorden’. Die bedoeling moet de rechter afleiden uit de verklaringen van partijen en, aanvullend, uit ‘extrinsieke omstandigheden’, zoals voorbereidende documenten en de wijze waarop partijen de gemaakte afspraken hebben uitgevoerd.⁸⁴ Uit een arrest van het Hof van Cassatie leidt Van Gerven af – zie ik het goed, dan is zijn handboek het enige dat hieraan aandacht schenkt – dat deze voor overeenkomsten bedoelde uitlegmaatstaf voor besluiten evenzo geldt.⁸⁵ Het achterhalen van de gemeenschappelijke bedoeling van een besluit vergt het vaststellen van de wil van degenen die dat besluit tot stand brachten. Latere toetreders tot de rechtspersoon hebben besluiten te aanvaar-

den in de zin die de voorstemmers daaraan gaven. De uitleg van een besluit vindt aldus plaats conform de regels die het Burgerlijk Wetboek voor overeenkomsten geeft (art. 1156-1164).⁸⁶ Als we Van Gerven moeten geloven, ‘havitexten’ de Belgen besluiten. Niet de objectieve, voor eenieder kenbare betekenis bepaalt de inhoud van een besluit, maar de zin die de bij de besluitvorming betrokkenen over en weer aan het besluit gaven. Het komt mij voor – Van Gerven zwijgt daarover – dat aldus ook gegevens die niet voor eenieder kenbaar zijn aan de uitleg van een besluit ten grondslag mogen worden gelegd, uiteraard voor zover door partijen gesteld.

De Duitse objectieve leer staat tegenover de meer subjectieve Belgische maatstaf. Wat moet naar Nederlands recht gelden?

3.4 Commentaar

De Duitse objectieve leer staat kortom tegenover de meer subjectieve Belgische maatstaf. Wat moet naar Nederlands recht gelden? Voorop moet staan dat van dogmatische typeringen van het besluit weinig te verwachten valt. Dat de aard van het besluit *ipso facto* meebrengt dat van de stemmen moet worden geabstraheerd, lijkt mij nog geen objectieve uitleg te kunnen dragen. Het voert te ver om, zoals in het Duitse recht, stemmen en stemverklaringen op die grond buiten beschouwing te laten. Het komt mij voor dat die toch van betekenis kunnen zijn, zeker als het besluit met grote meerderheid is genomen en als – wat zelden zal voorkomen – is vastgelegd wat de stemmers tot hun stem bewoog. Maar vooral doet dit soort typeringen geen recht aan de context waarbinnen een besluit wordt genomen. Die context kan sterk uiteenlopen: er kan formeel of minder formeel zijn vergaderd, er kunnen meer of minder organen hebben deelgenomen, en er kan lang, kort of helemaal niet zijn beraadslaagd. De algemene vergaderingen van Shell plegen nu eenmaal anders te verlopen dan de bestuursvergaderingen van de Rijswijkse tennisvereniging.

Anderzijds is een subjectieve lijn, ook als vertrekpunt van uitleg, moeilijk denkbaar. De Belgische gedachte dat degenen die eerst na zijn totstandkoming met een besluit worden geconfronteerd dat besluit hebben te dragen in de zin die de stemmers eraan hebben gegeven, is juist, maar zal veelal aanleiding geven tot praktische moeilijkheden. Doorgaans zal

78 J. Busche, ‘Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen’, in: D. Joost, H. Oetker & M. Paschke (red.), *Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2011, p. 54, Hoffmann-Becking/Austmann, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4. Aktiengesellschaft*, München: Beck 2015, § 40 Rn. 1, Spindler/Stilz/Rieckers 2015, § 133 AktG Rn. 5, Drescher, *Münchener Kommentar zum GmbHG*, München: Beck 2016, § 47 GmbHG Rn. 10a, Tröger, *Kölner Kommentar zum AktG*, Köln: Heymanns 2017, § 133 AktG Rn. 53-54 en Arnold, *Münchener Kommentar zum AktG*, München: Beck 2018, § 133 AktG Rn. 6, alle met verwijzingen naar de vaste jurisprudentie van het Bundesgerichtshof.

79 Zie vooral Busche 2011, p. 54, MüKoGmbHG/Drescher 2016, § 47b GmbHG Rn. 10a en KK-AktG/Tröger 2017, § 133 AktG Rn. 54.

80 BGH 30 januari 1995, *NJW* 1995, 2656 (*Siemens/Nold*).

81 Busche 2011, p. 54-56 en MüKoGmbHG/Drescher 2016, § 47b GmbHG Rn. 10a.

82 KK-Tröger 2017, § 133 AktG Rn. 53.

83 Busche 2011, p. 55-56 en MüKoGmbHG/Drescher 2016, § 47b GmbHG Rn. 10a.

84 W. van Gerven, *Verbindenissenrecht*, Acco: Leuven 2006, p. 97 en R. Dekkers/A. Verbeke, *Handboek burgerlijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 64.

85 W. Gerven, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel: Larcier 2016, p. 355 en 522, onder verwijzing naar Cass. 14 oktober 1966, *Pas.* 1967, I, 204, waarin het hof ‘de bedoeling van partijen’ tot maatstaf neemt. Dat besluiten in het algemeen als overeenkomsten moeten worden uitgelegd valt daarin mijns inziens niet te lezen, althans niet met zoveel woorden. De boven het arrest geplaatste redactionele samenvatting is bepaald stelliger dan het bijzinnetje in het arrest zelf.

86 Van Gerven 2016, p. 355.

niet gemakkelijk of niet eenduidig vast te stellen zijn welke inhoud een besluit conform de wil van de stemmers heeft. Er zal vaak niets over de motieven van de stemmers zijn vastgelegd. Bovendien kunnen de beweegredenen nogal uiteenlopen. Kenmerkend aan besluitvorming is nu eenmaal dat uit allerhande meningen één wil wordt gedestilleerd – de wil van de rechtspersoon. Het zal niet zelden ondoenlijk zijn om uit het potpourri van stemmen met enige rechtszekerheid af te leiden welke uitleg van een besluit de juiste is. Vooral pragmatische redenen nopen daarom tot een in beginsel objectieve uitleg, tot een uitleg waaraan doorslaggevende betekenis toekomt aan de teksten die voorhanden zijn. Dat zullen dikwijls de notulen zijn, met name als die ondertekend en vastgesteld zijn.

Vóór alles komt evenwel het argument, zoals in Duitsland wel gehanteerd, dat een besluit uniform werkt jegens een (in potentie) onbepaalde groep personen. Ook naar Nederlands recht heeft een besluit bindende werking voor allen die het aangaat – het werkt *erga omnes*, dat wil zeggen jegens eenieder heeft het gelijke rechtskracht. Dit in artikel 2:16 lid 1 BW vervatte beginsel ondersteunt de gedachte dat een besluit op een voor eenieder kenbare, gelijke wijze uit te leggen is. Een objectieve uitleg past hierbij. Zo'n uitleg is als uitgangspunt gewenst omdat eenieder een meerderheidsbesluit heeft te accepteren, ook als hij tegen dat besluit stemde of aan de totstandkoming daarvan niet heeft meegewerkt. De enige mogelijkheid om aan de binding van een besluit te ontkomen – afgezien van een eventuele exitoptie of, onder bijzondere omstandigheden, de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 2 BW – is het vorderen van de vernietiging van het besluit. De betrekkelijk korte vervaltermijn die artikel 2:15 lid 5 BW daarvoor geeft, maakt dat het de betrokkenen duidelijk moet zijn welke inhoud een genomen besluit heeft. De uitleg van een besluit moet voorspelbaar zijn om te kunnen beslissen over het al dan niet vorderen van zijn vernietiging.⁸⁷

De cao-norm moet het uitgangspunt zijn. De tweeledige ratio daarachter, zoals te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad,⁸⁸ gaat kortom voor besluiten op. In de eerste plaats raakt ook een besluit 'derden', dat wil zeggen personen die eerst na de totstandkoming van een besluit tot de kring van de rechtspersoon behoren. Voor die toetreders zijn in principe alleen objectieve elementen kenbaar. Hij kan de notulen inzien,⁸⁹ maar zal in de regel niet bekend kunnen zijn met de subjectieve context waarbinnen een besluit tot stand kwam. In de

tweede plaats noopt de rechtszekerheid ertoe besluiten naar alle betrokkenen toe op eenzelfde wijze uit te leggen, zoals ook een cao. Anders zou de betekenis van een en hetzelfde besluit uiteen kunnen lopen.

De rechtspositie van derden en de rechtszekerheid wegen mijns inziens niet zo zwaar, dat de uitleg van een besluit steeds naar objectieve maatstaven moet plaatsvinden

3.5 Subjectieve kanttekeningen

De zonet aangevoerde argumenten pleiten voor de cao-norm, maar laten onverlet dat onder omstandigheden een meer subjectieve uitleg aangewezen is. De rechtspositie van derden en de rechtszekerheid wegen mijns inziens niet zo zwaar, dat de uitleg van een besluit steeds naar objectieve maatstaven moet plaatsvinden. Wat de uitwerking naar derden betreft kan niet gezegd worden dat elk besluit 'naar zijn aard' bedoeld is om de rechten van 'een groot aantal derden' vast te leggen. Niet elk besluit voldoet aan het strenge criterium dat de Hoge Raad voor de toepasselijkheid van de cao-norm aanlegt.⁹⁰ En ook de rechtszekerheid is geen in steen gehouwen grootheid. De cao-norm is daarom niet meer dan een uitgangspunt. De rechter zal, als hij een besluit moet uitleggen, de omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten nemen. Die omstandigheden kunnen aanleiding geven om het besluit in kwestie te 'haviltexen', dat wil zeggen niet alleen te kijken naar de taalkundige betekenis in de schriftelijke stukken maar ook naar de zin die betrokkenen daaraan over en weer hebben gegeven. Niet elk besluit is dus hetzelfde. Dit sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin terugkomt dat voor elke rechtshandeling en voor elk onderdeel daarvan *per geval* de uitlegmaatstaf moet worden bepaald. Zo geldt voor een cao niet altijd de cao-norm.⁹¹ En ook obligatoire bedingen in een als regel objectief uit te leggen goederenrechtelijke vestigingsakte vallen onder *Haviltex*.⁹²

Aan welke omstandigheden kan worden gedacht? Allereerst kan het vaststaan of aannemelijk zijn dat een besluit weinig anderen raakt dan degenen die eraan hebben meegewerkt. Een besluit kan op één enkele betrokkene betrekking hebben of in tijd een beperkte werking hebben. In het Duitse VVE-recht wordt wel van 'Einzelfallbeschlüsse' gespro-

87 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, *JOR* 2017/159, m.nt. K.A.M. van Vught (*Ugchelenplaza*).

88 Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.3-4.4, waarover vooral Tjittes 2009, p. 17-18 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375, alsmede HR 25 november 2016, *NJ* 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*FNV/Condor*), r.o. 3.5.

89 Zie over het recht op inzage (en wellicht afschrift) Honée 1994, p. 92-95, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/361 onder f en *Handboek* 2013/222.

90 Zie HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*), r.o. 4.3 en HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.3.

91 HR 25 november 2016, *NJ* 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*FNV/Condor*), r.o. 3.5.

92 HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.3 en HR 8 juli 2016, *NJ* 2016/325 (*Melber/De Goede*), r.o. 4.2.3.

ken.⁹³ Voorbeelden zijn een toelatingsbesluit in een vereniging en een bezoldigingsbesluit in een NV of BV. Zulke besluiten werken in de regel jegens enkelen en kunnen daarom subjectief worden uitgelegd. Overigens doet hun eenzijdige karakter er mijns inziens niet aan af dat relevant is hoe de geadresseerde van het besluit het besluit redelijkerwijs heeft mogen opvatten.

Verder kunnen de verhoudingen binnen de rechtspersoon van sterk besloten aard zijn. Het typisch voorbeeld is een joint venture waarin een ontslagbesluit wordt genomen. Als dat besluit uitleg behoeft, komt het aan op de bedoeling die de partners in de joint venture daarmee hadden. Voor een objectieve uitleg is geen grond. Besluiten in zulke rechtspersonen richten zich naar hun aard slechts tot enkele betrokkenen, en het is aannemelijk dat ze geen uitstraling naar (toekomstige) derden hebben. De rechtszekerheid speelt in dergelijke besloten kringen geen rol. De rechter kan in de uitleg alle gegevens betrekken en moet kijken naar de gemeenschappelijke bedoeling die ‘partijen’ met het besluit hadden.

Hoe dan ook ligt het in de rede om bepaalde besluiten juist *wel* objectief uit te leggen. Ik denk dan vooreerst aan besluiten met zwaarwegende consequenties. Tot een roeyement moet wel zeker uitdrukkelijk en op niet mis te verstane wijze worden besloten, zoals ook een emissie van aandelen – zeker als die tot grote verwatering leidt – een expliciet en duidelijk besluit behoeft.⁹⁴ Iets soortgelijks geldt voor derden die zich geconfronteerd zien met een extern werkend besluit. Er zal snel reden zijn zulke besluiten objectief uit te leggen, omdat derden geen kennis konden nemen van de interne besluitvormingsprocessen binnen de rechtspersoon. Ten aanzien van derden moet onduidelijkheid van een besluit voorts voor rekening komen van de rechtspersoon, hetgeen een de derde welgevallige uitleg kan inhouden. Ten slotte moet de rechter het ‘hineininterpreteren’ van besluiten waar mogelijk vermijden. Als een specifiek geraakte niet kon voorzien dat een besluit een zekere inhoud had, als gevolg waarvan hij niet tijdig de vernietiging heeft gevorderd, geeft het geen pas het besluit aldus uit te leggen dat die betrokkene de vervaltermijn tegen zich krijgt geworpen.

4 Conclusie

Naar geldend recht komt een besluit vormvrij tot stand. Het is zinvol aan dit uitgangspunt vast te houden, al verdient het aanbeve-

ling de ruimte voor ‘schijnbesluiten’ klein te houden. Het is dus steeds aan de rechter om in voorkomende gevallen het bewijs dat een besluit is genomen, te wegen. Steeds moeten duidelijke aanwijzingen bestaan dat besluitvorming heeft plaatsgevonden, zo blijkt uit de omvangrijke jurisprudentie over benoemingsbesluiten. Dat geldt te meer voor besluiten die de structuur van de rechtspersoon raken of die voor bepaalde individuen verstreckende consequenties hebben.

De uitleg van een besluit moet daarentegen naar objectieve maatstaven geschieden. De rechter mag slechts voor eenieder kenbare stukken in zijn uitleg betrekken en moet het besluit uitleggen overeenkomstig de logische, taalkundige betekenis van die stukken. Wel zullen de omstandigheden van het geval – vaker dan de bestaande literatuur doet vermoeden – aanleiding moeten geven voor een meer subjectieve uitleg, dat wil zeggen een interpretatie waarin de wederzijdse bedoeling van de betrokkenen een grote rol speelt. Het betreft besloten verhoudingen die wel wat ‘contractueel’ hebben. Op de vloeiende lijn van *DSM/Fox* verschuift de uitleg dan meer richting *Haviltex*.

Het zal steeds aan de rechter zijn om gegeven de omstandigheden, het gestelde en de naar voren gebrachte bewijzen te bezien of en met welke inhoud een besluit is genomen

Maar hoe bestaat het, dat een besluit subjectief tot stand komt maar objectief moet worden uitgelegd? Dit lijkt een vreemde tegenstelling, maar is in wezen een valse. In beide gevallen gaat het om uitgangspunten. Als de totstandkoming van een besluit alleen subjectief vast te stellen is, zullen doorgaans geen of weinig objectieve gegevens voorhanden zijn om het uit te leggen. De rechter moet zich vastklampen aan wat hem ter beschikking staat. Niets hindert hem in zo’n geval om objectief uit te leggen. In zoverre heeft het hier geschrevene alleen relatieve waarde – het zal steeds aan de rechter zijn om gegeven de omstandigheden, het gestelde en de naar voren gebrachte bewijzen te bezien of en met welke inhoud een besluit is genomen. Er is geen wet van Meden en Perzen.

93 H. Engelhardt, *Münchener Kommentar zum BGB*, München: Beck 2017, § 23 WEG Rn. 30, die als zodanig aanmerkt besluiten die voor de rechtsopvolgers van de appartementseigenaren zonder belang zijn.

94 Zie Hof 's-Gravenhage 2 mei 1986, *NJ* 1987/424 (*Postduivenvereniging De Eendracht*), r.o. 6 resp. Rb. Amsterdam 15 mei 1996, *JOR* 1996/71, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Thomas Rap*), r.o. 11.