

Stemrechten, meerderheden en quorums in de algemene vergadering (II, slot)



Mr. J.D.M. Schoonbrood*



Mr. drs. T.J.C. Klein Bronsvooort**

Dit is deel twee van een bijdrage waarin wij de besluitvorming in de algemene vergadering voor de NV en BV in kaart brengen. In het eerste deel zijn we ingegaan op de stemgerechtigde personen en de vraag hoeveel stemmen iedere persoon mag uitbrengen. In dit tweede deel gaan we in op het stemmen en meerderheids- en quorumvereisten. De voorzitter van de vergadering stelt meestal de uitslag van de stemming vast (art. 2:13 lid 3 BW) en hij zal daarbij dan ook met deze onderwerpen rekening moeten houden.

3. Het stemmen

De meerderheden in de algemene vergadering worden berekend aan de hand van de uitgebrachte stemmen. In de volgende paragrafen gaan wij in op de vraag wanneer stemmen ongeldig zijn en op welke manieren ze uitgebracht kunnen worden.

3.1. De stem als eenzijdige gerichte rechtshandeling. Nietigheid, vernietigbaarheid en non-existentie

Nietigheid en vernietigbaarheid van stemmen zou tot een ongeldige stem leiden. Voor wat betreft gevallen van vernietigbaarheid heeft de wetgever het de voorzitter eenvoudig gemaakt: stemmen kunnen niet worden vernietigd (art. 2:14 BW). In de literatuur wordt algemeen aanvaard dat het uitoefenen van een stem kan worden aangemerkt als een eenzijdige rechtshandeling, daar de stem kan gezien worden als een rechtshandeling die gericht is tot de vennootschap.³⁹ Het stemmen kan immers resulteren in een besluit dat aan de vennootschap wordt toegerekend. Het gevolg hiervan is dat een geestelijke stoornis (art. 3:32 BW) bij degene die stem uitbrengt de geldigheid van de stem niet kan aantasten. Aan die omstandigheid is voor eenzijdig gerichte rechtshandelingen immers het gevolg vernietigbaarheid verbonden.⁴⁰ Zoals we hiervoor opmerkten, kan een stem echter niet vernietigbaar zijn. Een voorzitter hoeft dus voor de geldigheid van de stemmen geen onderzoek te doen naar de geestelijke gesteldheid van degene die de stem uitbrengt. Voor handelingsonbekwaamheid geldt in beginsel hetzelfde; immers leidt ook die omstandigheid in beginsel tot vernietigbaarheid (art. 3:34 BW). Uit art. 2:13 lid 2 BW volgt echter dat de handelingsonbekwame zijn stem niet mag uitbrengen, maar dat zijn stem toekomt aan zijn wettelijk vertegenwoordiger. Een voorzitter dient derhalve wel bedacht te zijn op de onbekwame

stemgerechtigde. Ten overvloede merken we op dat een vennootschapsrechtelijk besluit wél vatbaar is voor zowel nietigheid als vernietiging (art. 2:14 BW), waardoor een geestelijke stoornis of handelingsonbekwaamheid via die route de geldigheid van het door stemming tot stand gekomen besluit kan aantasten.

De wet bepaalt dat een stem nietig is in de gevallen waarin een eenzijdige rechtshandeling nietig is (art. 2:13 lid 1 BW). Een stem is bijvoorbeeld nietig wanneer deze niet wordt uitgebracht in de vorm die statutair is voorgeschreven (art. 3:39 BW). Nietigheid volgt ook wanneer een stem in strijd zou zijn met de goede zeden of openbare orde (3:40 BW); daarvan zal bij stemmen niet snel sprake zijn.

Er kan ook sprake zijn van een non-existente stem. De stem is dan ook feitelijk nooit uitgebracht. Deze situatie treedt bijvoorbeeld op wanneer degene die zich als vertegenwoordiger van de stemgerechtigde aandient niet bevoegd blijkt te zijn. Voor een voorzitter kan het moeilijk zijn om dat te beoordelen. Als het voor een voorzitter duidelijk is dat iemand gaat stemmen die niet bevoegd is, dan zal de voorzitter moeten ingrijpen. Meestal zal de onbevoegde persoon door de verificatie voor de vergadering niet als stemgerechtigde persoon tot de vergadering worden toegelaten.

* Notaris te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@debrauw.com)

** Kandidaat-notaris te Amsterdam.
(Tijmen.Kleinbronsvoort@debrauw.com)

39. P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J. W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 92, M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 2. Deel I, De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, (verder: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*), nr. 281, P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, (hierna: Handboek 2013), nr. 225, en C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, Serie Onderneming en Recht, deel 89, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 68.

40. Spierings 2016, p. 20-26.

3.2. De wijze van stemming

Stemmen worden doorgaans uitgebracht door de aanwezige stemgerechtigden, maar kunnen ook op andere wijze worden uitgebracht. Regelmatig brengen stemgerechtigden hun stem uit via een of meer gevolmachtigden. Indien de statuten dat bepalen, kunnen stemmen ook op afstand (via een elektronisch communicatiemiddel) worden uitgebracht (art. 2:117a(227a) BW). Daarvoor is in ieder geval vereist dat de aandeelhouder via het elektronische communicatiemiddel kan worden geïdentificeerd, rechtstreeks kennis kan nemen van het verhandelde ter vergadering en het stemrecht kan uitoefenen. Voor stemgerechtigden die niet fysiek aanwezig kunnen zijn, biedt dit systeem als voordeel boven het afgeven van een volmacht dat ze tot het laatste moment allerlei relevante ontwikkelingen kunnen volgen en hun stemgedrag daarop kunnen aanpassen. Op dit moment wordt deze mogelijkheid in de praktijk nog niet veel gebruikt. Niet alleen omdat de betrouwbaarheid en veiligheid van de communicatie moet worden bewaakt, maar vooral omdat het besluitvormingsproces verstoord kan worden als problemen rondom de stemming ontstaan als bijvoorbeeld de verbinding tijdens de algemene vergadering wegvalt. Wij verwachten dat deze optie door technische ontwikkelingen steeds meer zal worden gebruikt waardoor in de toekomst meer live gestemd zal kunnen worden. Zelfs als alle aandeelhouders op afstand stemmen, zal in Nederland overigens (nog) niet kunnen worden volstaan met een virtuele algemene vergadering.⁴¹ Als laatste optie kunnen, wederom indien de statuten dat toestaan, stemmen ook voorafgaand aan de algemene vergadering bij elektronisch communicatiemiddel (en tevens bij de NV per brief) worden uitgebracht (art. 2:117b(227b) BW).⁴² Ook van deze optie wordt nog niet veel gebruik gemaakt.

3.3. De inhoud van de stem

3.3.1. Onthouding, blanco stemmen en ongeldige stemmen

Een stemgerechtigde kan zijn stem voor of tegen een bepaald voorstel uitbrengen. In de praktijk komen echter ook de vormen onthouding en blanco stem voor en kan men te maken krijgen met ongeldig uitgebrachte stemmen. In ieder van deze gevallen kan de vraag opkomen of er sprake is van een geldig uitgebrachte stem en hoe deze het stemresultaat beïnvloedt. Voor een voorzitter is het onwenselijk als daarover ter vergadering discussie ontstaat.

Een stem kan op een verkeerde wijze zijn uitgebracht ofwel op een andere wijze dan voorgeschreven. Een dergelijke onjuist uitgebrachte stem zal gelden als een ongeldige of niet-uitgebrachte stem en heeft dus hetzelfde effect als een geheel niet uitgebrachte stem.

Met een blanco stem of een onthouding maakt een aandeelhouder bewust geen keuze om voor of tegen

een voorstel te stemmen. Bij een stemonthouding heeft de stemgerechtigde in het geheel geen stem willen uitbrengen; voor die gevallen wordt dan de optie 'onthouding' geboden. Een dergelijke stem heeft hetzelfde gevolg als een geheel niet-uitgebrachte stem: hij telt niet mee. Bij een blanco stem heeft de stemgerechtigde wel een stem willen uitbrengen, maar heeft hij bedoeld een 'neutrale' stem te laten luiden. Bij de blanco stem is er ook geen intentie om de stemming te beïnvloeden; die stemmen zouden wij voor de vaststelling of een besluit aangenomen is ook niet als voorstem en niet als tegenstem willen tellen.

Kan in de statuten een expliciete regeling worden opgenomen waarbij blanco stemmen en onthoudingen worden aangemerkt (of gelden) als tegenstemmen? Volgens een groot aantal schrijvers zou dat mogelijk zijn.⁴³ Het gevolg van deze 'fictie' kan zijn dat het moeilijker wordt een meerderheid te krijgen voor een voorstel. Net als Dumoulin vinden wij het vreemd om indien de aandeelhouder uitdrukkelijk niet kiest voor een standpunt die keuze dan toch aan te merken als een tegenstem.⁴⁴ Het zou ook net zo vreemd zijn om de blanco stem aan te merken of te laten gelden als een voorstem. Een statutaire bepaling waarin als fictie staat dat blanco stemmen en onthoudingen als tegenstem worden geteld, vinden wij geen transparante regeling, omdat de uitkomst van de verklaring van de stem of onthouding anders is dan de aandeelhouder wellicht met zijn neutrale instelling voor ogen had.

41. Zie R. Abma e.a., *De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen*, Recht en Praktijk Ondernemingsrecht, nr. ONR9, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 6 en de aldaar genoemde literatuur. Volgens hen (p. 215) is het een kwestie van tijd dat blockchaintechnologie wordt toegepast bij het stemmen, omdat het proces dan efficiënter, goedkoper en zonder kans op fouten of storingen kan gaan verlopen.

42. Ten overvloede wijzen wij erop dat het vooraf uitbrengen van een stem niet gelijk is aan het vooraf indienen van een volmacht met steminstructie. In het laatste geval wordt de stem niet vooraf uitgebracht maar (door de gevolmachtigde) ter vergadering.

43. G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 366 en E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, (hierna: *Handboek* 1992), nr. 219. Het *Handboek* is later omgegaan zie *Handboek* 2013, nr. 219.

44. Aldus ook: S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss. Groningen), Serie Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 31, Deventer: Kluwer 1999, nr. 221.

Is een statutaire bepaling nodig waarin staat dat blanco stemmen en onthoudingen niet worden aangemerkt als uitgebrachte stemmen? In statuten staat vaak de bepaling dat blanco stemmen, onthoudingen en ongeldige stemmen geacht worden niet te zijn uitgebracht. Dat geeft in ieder geval duidelijkheid. Volgens ons kan ook zonder deze bepaling aangenomen worden dat dergelijke stemmen niet zijn uitgebracht en dus niet meetellen. Met neutrale aandeelhouders zal een voorzitter dus ook in dat geval geen rekening hoeven te houden.

3.3.2. Gedifferentieerd stemmen

Kan een stemgerechtigde ervoor kiezen niet al zijn stemmen op gelijke wijze uit te brengen, zodat hij met een deel van zijn stemmen vóór stemt, en zich met een deel van zijn stemmen van stemming onthoudt? De stemgerechtigde bepaalt in beginsel zelf op welke wijze hij zijn stemmen uitbrengt. Meestal zal hij op zijn gehele aandelenpakket op dezelfde wijze stemmen. Het is ons opgevallen dat volmachtformulieren met steminstructies zelden rekening houden met de mogelijkheid van 'split voting'. Er kunnen zich situaties voordoen waarbij een stemgerechtigde in zijn stemmen wel wil of moet (bijvoorbeeld op grond van een afspraak) differentiëren. Dit kan zich voordoen als de aandeelhouder wenst te stemmen in de verhouding waarin de andere aandeelhouders voor- dan wel tegenstemmen. Deze aandeelhouder heeft door een proportionele verdeling van zijn stemmen geen invloed op het percentage van de stemmingsuitslag. Deze situatie zou zich kunnen voordoen bij een stemming door een stichting administratiekantoor. Het bestuur van die stichting kan dan aangeven dat de stichting aldus zal stemmen en dat zij dus niet de uitslag van de stemming zal beïnvloeden. Hoewel de uitkomst van de stemming procentueel niet wijzigt, kunnen de stemmen van die stichting wel nodig zijn om er voor te zorgen dat het besluit met een voldoende meerderheid wordt genomen indien de vereiste meerderheid geformuleerd is als een pro-quorum (zie hierna paragraaf 5.1).⁴⁵

Een stemgerechtigde kan overigens ook met volmachten voor een deel van zijn aandelen bewerkstelligen dat de door hem uit te brengen stemmen gedifferentieerd uitgebracht worden; zo kan iemand die gerechtigd is tot het uitbrengen van 100 stemmen, voor 20 stemmen een stemvolmacht aan een derde verlenen, welke derde daarna (al dan niet op basis van een in de volmacht gelegen instructie) zijn stem anders uitbrengt dan de stemgerechtigde zelf.⁴⁶ Over de vraag of dit toegestaan is, is de wet niet duidelijk; deze spreekt over "*in persoon of bij een schriftelijk gevolmachtigde*" (art. 2:117 lid 1 (227 lid 3) BW). Uit de parlementaire geschiedenis en literatuur blijkt echter dat een houder van aandelen per aandeel kan bepalen of hij persoonlijk of bij gevolmachtigde in de vergadering zal komen stemmen.⁴⁷ Deze uitleg kan voor een voorzitter bij aanvang van de vergadering van belang zijn.

4. Meerderheidsvereisten

Om een besluit te nemen is het nodig dat voldoende stemgerechtigden zich vóór het betreffende voorstel uitspreken. Als de voorgeschreven meerderheid van stemmen niet wordt gehaald, is overigens geen sprake van een vennootschapsrechtelijk besluit. Er kan dus niet gezegd worden dat sprake is van een negatief besluit om het voorgestelde niet te doen. Het verwerpen van een voorstel door de algemene vergadering, is niet een besluit in de zin van de wet.⁴⁸

Hieronder gaan wij in op de vraag welke meerderheidsvereisten in de vergadering aan de orde kunnen komen.

4.1. Hoofregel: volstreekte meerderheid van stemmen

In art. 2:120 (230) lid 1 BW staat de hoofregel voor besluiten in de algemene vergadering:

"Alle besluiten waaromtrent bij de wet of de statuten geen grotere meerderheid is voorgeschreven, worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen."

De wetgever gebruikt de term volstreekte meerderheid. Dat betekent volgens ons simpelweg dat meer dan de helft van het aantal stemmen voor dient te zijn.⁴⁹ Zoals we hiervoor zagen gaat het hier om stemmen voor en stemmen tegen en tellen onthoudingen, blanco stemmen en niet-uitgebrachte stemmen voor de telling niet mee. In de praktijk komt men nog wel eens in de statuten alternatieve bewoordingen tegen voor deze volstreekte meerderheid, zoals 'absolute

45. In de praktijk, met name bij beursgenoteerde vennootschappen, kan dit tot een aantal praktische problemen leiden, omdat het praktisch niet mogelijk is gelijktijdig 'proportioneel' te stemmen met de andere aandeelhouders; de betekenis van de proportionele stem is immers afhankelijk van het aantal onvoorwaardelijke voor- en tegenstemmen. We kunnen ons voorstellen dat in de praktijk in een dergelijk geval de mogelijkheid geboden wordt om aan de voorzitter aan te geven dat, en met hoeveel aandelen, proportioneel wordt gestemd. Dit lijkt ons toegestaan indien de uitkomst van de proportionele stem zo geformuleerd is dat de uitkomst absoluut objectief bepaalbaar is en in alle gevallen tot een uitkomst leidt.
46. Om een 'Poolse landdag' te voorkomen kan eventueel het aantal gevolmachtigden dat een aandeelhouder kan aanwijzen statutair worden beperkt (art. 2:117 lid 1 (227 lid 5) BW). Zo nodig kan een beroep worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).
47. Handboek 1992, nr. 212, noot 5 en Handboek 2013, nr. 212, noot 17.
48. Handboek 2013, nr. 219.
49. In het dagelijks spraakgebruik, en ook in de literatuur, wordt een meerderheid nog wel eens uitgelegd als '50%+1'. Dat is onjuist bij een oneven aantal uitgebrachte stemmen en leidt tot foute uitkomsten. Immers bij 3 stemmen vóór en 4 stemmen tégen zou '50%+1' uitkomen op 4,5, terwijl het besluit al aangenomen is met 4 stemmen vóór. Het is dus niet '50%+1', maar gewoon '>50%', ofwel het eerste gehele getal boven de helft.

meerderheid'. De vraag kan dan opkomen of met die afwijking van de wettelijke bewoording iets anders bedoeld is.⁵⁰ Om die reden is het raadzaam om in de statuten te spreken van volstreekte meerderheid en niet (zonder reden) een andere term te gebruiken.

Het gaat hier om het aantal uitgebrachte stemmen. Niet van belang is hoeveel aandeelhouders of welke aandeelhouders voor een voorstel stemmen. In de statuten kan niet worden opgenomen dat een besluit alleen genomen kan worden als een bepaalde houder van een aandeel in de algemene vergadering een voorstem heeft uitgebracht. Er wordt uitgegaan van het democratisch principe waarbij de minderheid wordt gebonden aan het oordeel van de meerderheid. Wel kan een houder van een soorttaandeel of een aandeel met een bepaalde aanduiding invloed krijgen door een besluit van de algemene vergadering aan de goedkeuring van de vergadering van houders van aandelen van die soort of aanduiding te onderwerpen. Dit kan niet bij alle besluiten, bijvoorbeeld niet bij schorsing en ontslag van een bestuurder (art. 2:133(243) BW), niet bij een keuzebesluit omtrent het structuurregime (art. 2:154(264) leden 4 en 5 BW) en niet bij vaststelling van de jaarrekening (art. 2:101(210) lid 4 BW). Het is ook mogelijk bepaalde besluiten van de algemene vergadering aan de goedkeuring van een derde te onderwerpen. Een dergelijke regeling is ook niet bij alle besluiten toegestaan. De besluiten van de algemene vergadering (en van de andere organen) worden toegerekend aan de vennootschap en die zal zich niet voor alle onderwerpen kunnen laten leiden door het oordeel van een derde. Voor de vaststelling van de jaarrekening heeft de wetgever dit expliciet bepaald (art. 2:101(210) lid 4 BW). Dat wil niet zeggen dat het voor andere besluiten zonder meer mogelijk is. Zowel de wettelijke bepalingen en de ratio daarvan als de regels omtrent een goede governance stellen een grens aan deze vrijheid.⁵¹

Voor een voorzitter is het meestal eenvoudig om vast te stellen of een volstreekte meerderheid voor het voorstel heeft gestemd. Als het besluit van de algemene vergadering nog onderworpen is aan goedkeuringen van andere vennootschapsorganen of van derden dan is dat voor de constatering van de uitslag door de voorzitter in beginsel niet van belang. Het besluit is in dat geval genomen, maar nog niet onvoorwaardelijk. Aan het besluit kan nog geen uitvoering worden gegeven. Het is gebruikelijk dat de voorwaardelijkheid blijkt uit het geagendeerde voorstel en dat de voorzitter daar voor of na stemming nog op wijst.

4.2. Afwijking van de hoofdregel: staken van stemmen

Art. 2:120(230) lid 1 BW bepaalt in afwijking van de hoofdregel dat bij staking van stemmen over de benoeming van personen het lot⁵² bepaalt, en dat bij andere stempunten het voorstel verworpen is. Van

deze regeling kan in de statuten worden afgeweken; het is dus mogelijk om statutair een oplossing te bieden voor ook andere voorstellen waarbij een staking van stemmen optreedt.

4.3. Afwijking van de hoofdregel: versterkte of gekwalificeerde meerderheid

De wet en de statuten kunnen een meerderheidsvereiste voorschrijven dat groter is dan een volstreekte meerderheid. Een dergelijke grotere meerderheid noemt men in de praktijk versterkte meerderheid of gekwalificeerde meerderheid. Wanneer een besluit vereist dat alle geldig uitgebrachte stemmen voor het betreffende voorstel zijn uitgebracht, spreekt men van het vereiste van algemene stemmen of unanimititeit.⁵³

Niet elk besluit leent zich volgens de wet voor het vereiste van een unanimititeit of een versterkte meerderheid. De in de praktijk wel voorkomende statutaire bepaling dat alle besluiten van de algemene vergadering unanimititeit (of een versterkte meerderheid) vereisen zou daarom eigenlijk moeten aangeven op welke besluiten dit niet vereiste niet van toepassing is. Voor die besluiten kan dan eventueel een eigen (wel toegestane) versterkte meerderheid opgenomen worden. Als die nadere statutaire regeling ontbreekt en alleen in algemene zin in statuten is opge-

50. Zo kan de term 'absolute meerderheid' de vraag oproepen of daarbij sprake moet zijn van een meerderheid van stemmen vóór het betreffende voorstel gewogen tegen het totaal aantal stemmen dat uitgebracht had kunnen worden (dus inclusief onthoudingen, blanco stemmen en niet-uitgebrachte stemmen).

51. Zie W.C. Treurniet, 'De nieuwe richtlijnen', *Naamloze Vennootschap* 1968-69, p. 157 en later G.C. van Eck en J. Mos, 'De algemene vergadering aan (statutaire) banden', *V&O* december 2004, nr. 12. Wij zijn het met hun visie in beginsel eens. Volgens laatstgenoemden lijkt Schoonbrood echter (J.D.M. Schoonbrood, 'De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986', in: *Statuten zonder bezwaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 93) zich te kunnen vinden in het oordeel van de minister die ervan uitgaat dat in beginsel ieder besluit van de algemene vergadering, behalve de vaststelling van de jaarrekening, statutair aan de goedkeuring van een derde kan worden onderworpen. In dit preadvies is echter alleen gemeld dat dit oordeel van de minister waarschijnlijk is ingegeven door het idee dat de algemene vergadering de statutaire bepalingen kan wijzigen (NB: mogelijk met inachtneming van art. 2:122(232) BW). Vervolgens staat namelijk in het preadvies: "Op de vraag of dergelijke beperkingen wenselijk zijn en hoe ver men daarmee in de praktijk dient te gaan, ga ik hier niet in."

52. Zie over 'het lot': B. Kemp, 'Het lot als beslisser bij het staken van stemmen', *WPNR* 2015/7076.

53. Dit betekent volgens ons dat er geen stemmen tégen het voorstel mogen zijn, omdat in de hoofdregel onthoudingen, blanco stemmen en ongeldige stemmen als niet-uitgebracht aangemerkt moeten worden. Als de statuten een andere regeling bevatten, krijgt het begrip algemene stemmen daarmee een andere invulling. Algemene stemmen zegt volgens ons niets over de vraag welk deel van het kapitaal op een vergadering vertegenwoordigd dient te zijn en is ook geen pro-quorum. Zie anders: Van Schilfgarde, Schoonbrood, Winter & Wezeman, nr. 64 en Handboek 2013, nr. 209.

nomen dat voor alle besluiten unanimititeit of een versterkte meerderheid geldt, is niet duidelijk welke meerderheid zal gelden voor besluiten waarvoor de wet het vereiste van unanimititeit of die versterkte meerderheid niet toelaat maar waarvoor de wet statutair wel een andere versterkte meerderheid mogelijk maakt. Moet de bepaling dan zo gelezen worden dat in plaats van het in de statuten vermelde (te grote) meerderheidsvereiste het maximale bij wet toegestane meerderheidsvereiste geldt? Wij menen dat dat niet het geval is en dat in dat geval voor die specifieke besluiten het statutaire (te grote) meerderheidsvereiste als niet geschreven beschouwd moet worden, waardoor het wettelijk meerderheidsvereiste geldt.⁵⁴

De wet kent ook een voorbeeld waarbij een besluit met volstreekte meerderheid wordt genomen, ongeacht wat in de statuten staat. Het betreft het besluit om gebruik te maken van een gehele of gedeeltelijke vrijstelling van het structuurregime en het daaropvolgende besluit tot wijziging van de statuten. Art. 2:154(264) leden 4 en 5 BW bepaalt daarbij expliciet dat de algemene vergadering bij het nemen van die besluiten verder niet kan worden beperkt. Dat betekent dat de algemene vergadering geen rekening hoeft te houden met beperkingen in de vorm van andere statutaire meerderheidseisen. Ook quorum-eisen, goedkeuringsrechten van andere organen en andere beperkingen kunnen niet van toepassing zijn op dat besluit.

De afwijking van de hoofdregel moet bij de statuten. Een afwijking van de volstreekte meerderheid van stemmen kan dus niet 'krachtens' statuten ofwel bij reglement worden geregeld. Op het vraagstuk van de vennootschapsrechtelijke werking van een aandeelhoudersovereenkomst en de invloed daarvan op besluiten gaan we hier niet verder in.⁵⁵

Het oordeel van de voorzitter omtrent de uitslag van een stemming is meestal bepalend; in de vergadering mag de eis van een eventueel versterkte meerderheid voor een voorzitter dan ook niet tot een verrassing leiden. Bij de voorbereiding van de algemene vergadering is het daarom verstandig om in het script van de voorzitter op te nemen welke meerderheid en welke eventuele aanvullende voorwaarden per besluit vereist zijn. In de praktijk dreigt het wel eens fout te gaan daar waar de wet (of de statuten) de omvang van de meerderheid van een besluit koppelt aan het geplaatste kapitaal dat er vergadering is vertegenwoordigd. Zo kan bij een NV een besluit tot uitsluiten van het voorkeursrecht en een besluit tot kapitaalvermindering in beginsel worden genomen met een volstreekte meerderheid; als echter minder dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, is op grond van de wet een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen nodig (art. 2:96a lid 7 respectievelijk art. 2:99 lid 6 BW).

4.4. *Besluiten bij de grootste minderheid van stemmen?*

Uit art. 2:120(230) lid 1 BW blijkt dat een statutaire regeling waarbij een besluit van de algemene vergadering met een minderheid van het totaal aantal uitgebrachte stemmen wordt genomen, niet mogelijk is. In de praktijk kan behoefte bestaan aan een dergelijke stemming, vooral wanneer er uit meer dan 2 opties gekozen moet kunnen worden.⁵⁶ Dergelijke gevallen moeten zo geagendeerd worden zodat uiteindelijk bij meerderheid (of staking) van stemmen een besluit genomen wordt.

De wettelijke regeling inzake de bindende voordracht voor de benoeming van een bestuurder of een commissaris (art. 2:133(243) lid 2 resp. 2:142(142) lid 2 BW) vormt een uitzondering. Als de bindende voordracht niet wordt doorbroken en dus in stand blijft, kan de voorgedragen persoon zelfs met één stem vóór worden benoemd. Wanneer meer personen voor één vacature worden voorgedragen kan het stempunt zo vorm gegeven worden dat de persoon met de grootste minderheid uiteindelijk benoemd is. In statuten blijkt de regeling op verschillende wijzen te worden uitgewerkt. Voor de voorzitter is het van belang dat hij voor de vergadering goed kennis neemt van de regeling die in de statuten staat.

54. Men zou hierbij nog kunnen denken aan toepassing van de conversieregel van art. 3:42 BW om zodoende tot de conclusie te komen dat in dit geval het maximale door de wet toegestane meerderheidsvereiste van toepassing is. Vgl. voor bestuursbesluiten B.C.M. Waaijer, 'Bestaande statuten en het wetsvoorstel; algemene beschouwingen', in: *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector*, Zutphen: Paris 2016, p. 61. Volgens ons is dat echter hier niet mogelijk. Afhankelijk van de omstandigheden zal men de statutaire bepaling moeten uitleggen, waarbij men niet steeds zonder meer kan concluderen dat de strijdige bepaling als een ander, toegestane, vergroot meerderheidsvereiste gelezen moet worden.

55. Zie hierover: HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilf-gaarde (*Cancun Holding II*) en J.N. Schutte-Veenstra in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.3.

56. Zo kunnen in de V.S. genoteerde NV's te maken krijgen met het Amerikaanse voorschrift om aandeelhouders te laten stemmen over de vraag of zij zich ieder jaar, om het jaar of iedere drie jaar over *executive compensation* mogen uitlaten (Section 14A van de Securities Exchange Act 1934). In de Amerikaanse praktijk wordt die keuze als één stemming voorgelegd waarbij de optie met de meeste stemmen (wat op het totaal aantal stemmen een minderheid kan zijn) aangenomen is, hetgeen zich niet verhoudt met het Nederlandse systeem.

4.5. *Bundelen van stempunten?*

Kunnen verschillende met elkaar verband houdende stempunten zo ter stemming gebracht worden dat de aandeelhouders hun stemmen naar gelang kunnen inzetten voor specifieke stempunten? Kan bijvoorbeeld een stemregeling bij benoemingen van personen in meerdere vacatures zo vorm gegeven worden dat aandeelhouders de stemmen die zij op de verschillende kandidaten kunnen uitbrengen mogen optellen en op slechts een kandidaat mogen uitbrengen? Een gevolg hiervan kan zijn dat een kandidaat door een beperkt aantal stemgerechtigden die hun stemmen ‘bundelen’ voor één vacature wordt benoemd. Een dergelijke regeling is in strijd met het wettelijk stelsel.⁵⁷ Een stem behoort steeds bij één stempunt en kan niet ‘meegenomen’ worden naar een ander stempunt.

4.6. *Het pro-quorum als bijzonder meerderheidsvereiste*

Soms is een stemmeerderheid uitgedrukt in een aantal stemmen vóór dat ten minste een bepaald deel van het kapitaal dient te vertegenwoordigen. Een dergelijke regeling wordt in de praktijk ook wel een ‘pro-quorum’ genoemd. Deze stemmeerderheidsvorm behandelen wij – wegens haar overeenkomsten met de quorumregeling – hierna (paragraaf 5.1).

5. Quorum

Een meerderheidsvereiste voorkomt niet dat een toevallig aanwezige groep aandeelhouders die tezamen de minderheid van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, besluiten neemt. De hoofdregel in de wet is immers dat de geldigheid van besluiten in de algemene vergadering niet afhankelijk is van het ter vergadering vertegenwoordigde kapitaal (art. 2:120(230) lid 2 BW). Wettelijke en statutaire quorum-eisen kunnen voorkomen dat een (toevallig aanwezige) kleine groep aandeelhouders besluiten kan doordrukken. Een besluit genomen in strijd met een quorum is nietig (art. 2:14 BW).

Hieronder gaan wij in op de verschillende verschijningsvormen van zulke quorums, hoe zij toegepast moeten worden en welke uitwerking zij hebben.

5.1. *Verschijningsvormen*

Wij onderscheiden drie verschijningsvormen van het quorum. Deze drie vormen komen voor in de wet maar kunnen ook ‘verschijnen’ in statuten en kennen in de praktijk verschillende uitwerkingen

5.1.1. *Het (zuiver) aanwezigheidsquorum*

Het (zuiver) ‘aanwzigheidsquorum’ bepaalt dat besluiten slechts genomen kunnen worden wanneer ten minste een bepaald deel van het kapitaal (het quorum) ter vergadering vertegenwoordigd is. Indien het quorum niet vertegenwoordigd is, kan in die vergadering het besluit niet genomen worden, ongeacht het aantal stemmen dat voor het voorstel zou worden uitgebracht. Een voorbeeld van een wet-

telijk aanwezigheidsquorum vinden we bij een besluit tot statutenwijziging dat een wijziging van het stemrecht bij een BV betreft. Dit besluit kan slechts worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (art. 2:228 lid 4 BW). Andere voorbeelden zijn te vinden in art. 2:121 (231) lid 3 (wijziging van een niet te wijzigen statutaire bepaling) en art. 2:334cc BW (ruziesplitsing).

5.1.2. *Het aanwezigheidsquorum als onderdeel van het stemvereiste*

De wet kent tevens het aanwezigheidsquorum dat enkel dient ter vaststelling van de meerderheid die nodig is om het besluit te kunnen nemen. Een voorbeeld daarvan kan gevonden worden in art. 2:99 lid 6 BW: voor het besluit tot kapitaalvermindering is een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen nodig, maar als de helft of meer dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, kan het besluit al worden genomen met een gewone meerderheid. In dit geval voorkomt het quorum dat bij een hoge opkomst oligarchen met een derde van de stemmen besluitvorming kunnen blokkeren, terwijl tegelijk beschermd wordt tegen besluitvorming door een kleine meerderheid op een vergadering met een geringe opkomst. Dit type aanwezigheidsquorum verhindert niet dat een besluit genomen wordt; ongeacht het ter vergadering aanwezige kapitaal, kan met voldoende stemmen vóór een besluit worden genomen.⁵⁸ Dit betreft daarmee een ‘vals quorum’, wat eigenlijk gezien moet worden als een bijzonder meerderheidsvereiste. Andere voorbeelden zijn te vinden in art. 2:96a lid 7 (uitsluiten/beperken voorkeursrecht bij NV), art. 2:121a (231a) lid 1 (kapitaalvermindering bij omzetting in euro), art. 2:330 lid 1 (fusie) en art. 2:334e lid 1 BW (splitsing).

5.1.3. *Het pro-quorum*

Als laatste variant bestaat het ‘pro-quorum’. In geval van een pro-quorum wordt het aantal benodigde voorstemmen niet berekend als een (vergrote) meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen, maar als een (vergrote) meerderheid van het geplaatste kapitaal. Een voorbeeld van een wettelijke pro-quorumregeling vinden we bij de benoeming van commissarissen bij een structuurvennootschap (art. 2:158(268) lid 9 BW). De algemene vergadering kan een voordracht afwijzen bij volstreekte meerderheid van stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Het pro-quorum kan daardoor primair gezien worden als een bij-

57. Zie aldus over dit cumulatief stelsel van stemrecht: Handboek 1992, nr. 219. Idem: Handboek 2013, nr. 219.

58. Dit stemvereiste volgt uit de EU-richtlijnen, thans de Kapitaalvennootschappenrichtlijn (art. 83 Richtlijn EU 2017/1132).

zondere meerderheidsvereiste. Het zegt immers iets over het aantal benodigde stemmen voor. Echter, indien in het gegeven voorbeeld minder dan een derde van het kapitaal ter vergadering vertegenwoordigd is, werkt het pro-quorum als een zuiver aanwezigheidsquorum, doordat het betreffende besluit tot afwijzing van de voordracht – ongeacht het aantal stemmen voor – in die eerste vergadering niet genomen zal kunnen worden. Als de meerderheid tegen de voordracht is maar die meerderheid vormt niet een derde van het geplaatste kapitaal, is geen besluit genomen. Alsdan kan blijkens de wet in dit specifieke geval in een nieuwe vergadering de voordracht alsnog worden afgewezen met een volstrekte meerderheid. Andere voorbeelden zijn te vinden in art. 2:132 lid 2 (142 lid 1) (terzijde stellen kwaliteitseisen bij NV), art. 2:133 (243)/142 (252) lid 2 (doorbreken bindende voordracht), art. 2:134 (244) lid 2 (schorsing of ontslag bestuurder) en art. 2:161a (271a) lid 1 BW (opzeggen vertrouwen in gehele RvC).

Het pro-quorum komt in de praktijk geregeld voor in de statuten van accountants- en advocatenkantoren voor besluiten omtrent het toetreden van nieuwe partners. Een dergelijk pro-quorum vereist dan dat ten minste een bepaald deel van het stemgerechtigd kapitaal vóór toetreding stemt. Die regel zorgt er voor dat – als geen wijziging optreedt in het stemgerechtigd kapitaal – voor een dergelijk besluit altijd hetzelfde aantal stemmen nodig is.

5.2. Voorkomende vraagstukken

5.2.1. Afwijken van wettelijke quorumbepalingen

Als voor een besluit geen wettelijk quorum geldt, dan kan in de statuten uiteraard alsnog een quorum worden opgenomen. Wanneer voor een besluit al voorzien is in een wettelijk quorum moet men er op bedacht zijn dat niet bij alle quorums een statutaire afwijking is toegestaan. Zo kan van de grens voor het besluit tot ruziesplitsing (besluit met drie vierden van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin 95% van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd) niet worden afgeweken.

Aan wettelijke quorums die qua karakter meer een maximumregeling geven kan in de statuten slechts beperkt worden afgeweken. Voorbeelden daarvan zijn het besluit tot de doorbreking van een bindende voordracht of het besluit tot opheffing van een kwaliteitseis voor bestuurders bij een NV. Dergelijke in de wet opgenomen quorums kunnen sinds het vervallen van de Departementale Richtlijnen in 2001 statutair niet meer zwaarder worden gemaakt.⁵⁹

5.2.2. Ongelijke behandeling van aandeelhouders

In de praktijk willen sommige aandeelhouders wel eens dat het quorum zo wordt geformuleerd dat het quorum alleen kan worden gehaald als zij zelf ook aanwezig zijn. Een aandeelhouder zou hiermee kun-

nen bereiken dat een besluit niet zonder hem kan worden genomen. Is het mogelijk in de statuten een quorumeis zo te formuleren dat een bepaalde of met naam genoemde aandeelhouder of een bepaald aantal aandeelhouders participeren? De geldigheid van besluiten in de algemene vergadering kan bij wet of statuten alleen afhankelijk zijn van het in de vergadering vertegenwoordigde kapitaal (art. 2:120 (230) lid 2 BW). Met Van der Grinten, Asser-Maeijer en Dumoulin⁶⁰ menen we derhalve dat dit niet kan. De quorumeis zal altijd betrekking moeten hebben op het kapitaal. De quorumeis is niet subjectief van aard en dient niet te zien op de persoon die op dat moment toevallig aandeelhouder is. Het quorum kan uiteraard wel zien op de aanwezigheid van een bepaald deel van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, waarmee in de praktijk, in bijvoorbeeld een joint venture verhouding, toch kan worden bewerkstelligd dat iedere aandeelhouder (die een eigen klasse aandelen houdt) aanwezig dient te zijn. Als een bepaalde aandeelhouder controle wil houden bij bepaalde besluiten, dan kan dat tevens worden bereikt door die besluiten bij of krachtens de statuten te onderwerpen aan de goedkeuring van een vennootschapsorgaan waarin die controlerend aandeelhouder participeert zoals een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

5.3. Berekening van het quorum

De berekening van een aanwezigheidsquorum vereist een deling van het vertegenwoordigde kapitaal (de teller) door het totale geplaatste kapitaal (de noemer). Bij de berekening van een pro-quorum wordt de teller gevormd door het aantal voorstemmen, terwijl de noemer gelijk is als bij een aanwezigheidsquorum. Over de vaststelling van het aantal voorstemmen schreven wij hiervoor. In de volgende paragrafen gaan wij in op de bepaling van het ter vergadering vertegenwoordigde kapitaal (de teller bij een aanwezigheidsquorum) en het totale kapitaal (de noemer bij een quorum).

5.3.1. Peilmoment voor de berekening van het vertegenwoordigde kapitaal

De omvang van het vertegenwoordigde kapitaal (de teller bij het aanwezigheidsquorum) zal de voorzitter bij aanvang van de vergadering constateren. Wanneer na de vaststelling van het vertegenwoordigd kapitaal een aandeelhouder vóór stemming over een bepaald stempunt de zaal verlaat, kan de vraag opkomen of dat invloed heeft op het aanwezige quorum.

59. Paragraaf 6 van Departementale Richtlijnen 1986 en daarover Schoonbrood 2002, p. 112.

60. Zie verder Dumoulin 1999, nr. 204, p. 162 en de noten aldaar.

Om die vraag te beantwoorden kijken we eerst naar de gevolgen van het ‘verlaten van de zaal’. Als een stemgerechtigde de zaal verlaat zonder dat een gevolmachtigde van die aandeelhouder achterblijft, zal zijn stem niet worden uitgebracht. Als elektronisch wordt gestemd, zal hij zijn stemkastje met de stemkaart hebben ingeleverd. Zijn potentiële stemmen worden niet geregistreerd door het elektronische systeem. Hetzelfde geldt bij een schriftelijke of hoofdelijke stemming. Stemmen bij acclamatie (informele stemming) kan tot andere uitkomsten leiden. Bij die wijze van stemmen worden enkel de tegenstemmen en onthoudingen geteld, en wordt het aantal voorstemmen vervolgens berekend door dat totaal in aftrek te brengen van het vertegenwoordigde kapitaal. Op die manier kan het zijn dat zaalverlaters als voorstemmen wel worden meegeteld. Meestal zal het aantal stemmen van een zaalverlater niet van groot belang zijn maar als een aandeelhouder met een substantieel pakket aan stemmen de zaal verlaat is dat anders.

Met Dumoulin menen wij dat bij een stemming over geagendeerde punten een aanwezigheidsquorum niet opnieuw hoeft te worden berekend.⁶¹ Het gaat namelijk om het aantal aandelen dat op het moment van de aanvang van de vergadering vertegenwoordigd was. Aandeelhouders die de zaal verlaten vóór de stemming, omdat ze het bijvoorbeeld niet eens zijn met het in stemming brengen van een geagendeerd voorstel, hebben geen invloed meer op het aanwezigheidsquorum.⁶² De zaalverlaters kunnen de stemming in dat opzicht niet frustreren. Het kan verstandig zijn om de voorzitter bij de aanvang van de vergadering te laten meedelen dat het quorum niet zal wijzigen indien stemgerechtigde vergadergerechtigden vóór een stemming de zaal verlaten. Er dient vanzelfsprekend wel nog iemand in de zaal te blijven om een stem uit te brengen anders kan het besluit niet worden genomen.

Als gestemd wordt over niet-geagendeerde agendapunten, zal dit anders zijn. Dat volgt niet zozeer uit de vraag hoe het quorum berekend moet worden, maar uit de wettelijke regelingen omtrent besluitvorming buiten vergadering. Als stempunten niet zijn geagendeerd, kan het besluit bij een NV niet worden genomen zonder algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (art. 2:114 lid 2 BW). Bij een BV kan het besluit niet worden genomen tenzij alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming (art. 2:224 lid 2 BW). De stemmen en aanwezigheid of de instemming van de zaalverlaters zijn dan wel relevant. In dit geval kunnen de zaalverlaters de stemming over het niet-geagendeerde voorstel zowel bij een NV als bij een BV frustreren.

Het antwoord voor de berekening van de teller bij een pro-quorum is wat ons betreft anders. Het pro-

quorum is zoals hierboven besproken immers primair een stemmeerderheidsvereiste; de geldigheid van een specifiek besluit wordt afhankelijk gemaakt van een meerderheid bestaande uit een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal. In tegenstelling tot een aanwezigheidsquorum wordt de teller van de breuk niet gevormd door het vertegenwoordigde kapitaal, maar door het aantal stemmen dat voor het voorstel is uitgebracht. Een stemgerechtigde die geen stem uitbrengt omdat hij de zaal vroegtijdig verlaat heeft, kan uiteraard niet meegeteld worden bij de vaststelling van het aantal stemmen ‘voor’. Bij stemming bij acclamatie kunnen zoals we hiervoor opmerkten de stemmen van iemand die de zaal vroegtijdig verlaat wel meegeteld worden als stemmen voor het betreffende voorstel. Ter voorkoming van discussie ter vergadering is het ook om deze reden aan te bevelen om bij stemming bij acclamatie goed de spelregels uit te leggen.

5.3.2. *Peilmoment voor de berekening van het geplaatste kapitaal*

Voor de bepaling van het geplaatste kapitaal (de noemer) moet in beginsel gelet worden op het geplaatste kapitaal bij de aanvang van de algemene vergadering.

Bij vennootschappen die werken met een registratiedatum is dat echter anders. Zoals we in het eerste deel van deze bijdrage zagen wordt bij dergelijke, doorgaans beurs-, vennootschappen voor de vaststelling wie stemgerechtigd zijn in de algemene vergadering gewerkt met een registratiedatum. De aandelenstand per die datum is bepalend voor wie er op de vergadering als vergader- en stemgerechtigde geldt. Wij menen dat die datum ook bepalend dient te zijn voor de vaststelling van de omvang van het geplaatst kapitaal bij de berekening van een quorum. In de literatuur bestaat hierover kennelijk verschil van mening⁶³ Het zou tot vreemde situaties kunnen leiden als op de registratiedatum gepeild wordt hoeveel stemmen kunnen worden uitgebracht terwijl voor de bepaling van het quorum gepeild wordt per de dag van de vergadering. Op aandelen die tussen de registratiedatum en de vergadering worden uitgegeven zou niet gestemd kunnen worden, maar zij zouden dan voor de berekening van het quorum nog wel meetellen als uitstaand kapitaal waardoor het quorum onbedoeld zwaarder wordt.

61. Dumoulin 1999, nr. 209, p. 165.

62. Aldus ook Rb. Maastricht 17 juni 1937, *NJ* 1938/42 (*Herman*) en Dumoulin 1999, nr. 209, p. 165.

63. R.A.F. Timmermans, ‘Registratiedatum: Preferente beschermingsaandelen niet effectief?’, *Ondernemingsrecht* 2011/92, lijkt ten aanzien van beschermingsaandelen die worden geplaatst in de periode tussen de registratiedatum en de vergadering aan te nemen dat die meetellen bij de berekening van een quorum.

Andersom kan op in die periode ingekochte of ingetrokken aandelen op de vergadering nog wel gestemd worden, terwijl ze voor het quorum niet meer mee zouden tellen, waardoor het quorum onbedoeld lichter zou worden. Voor die vergadering willen we naar analogie van het hierna te bespreken art. 2:24d lid 1 BW aannemen dat nu die aandelen niet mee kunnen doen bij de stemming, zij ook niet meetellen bij de berekening van het quorum.

5.3.3. *Aandelen waarvan de wet bepaalt dat daarvoor geen stem kan worden uitgebracht en stemrechtloze aandelen tellen niet mee*

Art. 2:24d lid 1 BW schrijft voor dat voor het berekenen van een (pro-)quorum geen rekening wordt gehouden met aandelen waarvan de wet bepaalt dat daarvoor geen stem uitgebracht kan worden of met stemrechtloze aandelen. Dat is een logisch systeem; de (pro-)quorumeis voorkomt dat een toevallig aanwezige meerderheid een belangrijk besluit kan nemen. Dat deel van het kapitaal dat geen stem uit mag brengen, kan nooit onderdeel zijn van deze toevallige meerderheid, en daarom is het terecht dat niet-stemgerechtigd kapitaal niet meedoet in de berekening van een (pro-)quorum. Doordat het niet-stemgerechtigd kapitaal zowel niet meegenomen wordt in de teller als in de noemer, is sprake van een evenwichtige regeling.

In lid 2 van dit artikel wordt evenwel voor enkele gevallen (waaronder het eerder aangehaalde besluit tot een ruziesplitsing) voorgeschreven dat stemrechtloze aandelen juist wél meetellen bij de berekening van het quorum.

5.3.4. *Aandelen waarvan de stemrechten zuiver statutair opgeschort zijn tellen wel mee*

Wat opvalt, is dat art. 2:24d lid 1 BW slechts dat deel van het kapitaal niet meetelt waarvoor de wet uitsluit dat er een stem op uitgebracht kan worden en de (bij statuten) stemrechtloos verklaarde aandelen. Een aantal wettelijke gronden waardoor op een aandeel geen stemrecht kan worden uitgebracht bespreken we in het eerste deel van deze bijdrage: aandelen in eigen kapitaal en aandelen op naam die ontstaan zijn door omzetting van toonderaandelen zonder dat de toonderstukken zijn ingeleverd.

Bij de invoering van de Wet herziening preventief toezicht op 1 september 2001 was in de literatuur niet duidelijk of art. 2:24d lid 1 BW ook toegepast kan worden op de stemmen die tijdelijk wegens een statutaire opschorting niet konden worden uitgebracht. Veel schrijvers namen aan dat art. 2:24d BW naar analogie ook toegepast moest worden als het stemrecht statutair wordt opgeschort.⁶⁴ Zij waren van oordeel dat dat in de geest van de bepaling zou passen. Immers de ratio van de bepaling is dat aandelen waarvoor geen stem kan worden uitgebracht niet meetellen bij de toepassing van de bepalingen

omtrent de besluitvorming. Maeijer daarentegen was destijds van mening dat gelet op de wetgeschiedenis en vanwege allerlei onbedoelde gevolgen voor die analogische toepassing geen ruimte was.⁶⁵

Bij de herziening van het preventief toezicht wilde de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht kennelijk duidelijkheid.⁶⁶ De commissie adviseerde de minister om art. 2:24d BW zo aan te passen dat aandelen ook niet zouden meetellen bij de berekeningen als het stemrecht op die aandelen niet kan worden uitgebracht ingevolge een wettige bepaling van de statuten. De minister echter was – en onzes inziens terecht – van oordeel dat als de berekening afhankelijk is van statutaire regelingen dit ongewenste gevolgen kan hebben voor besluitvorming bijvoorbeeld in het geval dat een wettelijke voorgeschreven meerderheid vereist is voor het doorbreken van een bindende voordracht.⁶⁷

Later is in het wetgevingsproces omtrent de Wet Flex BV voorgesteld om de volgende zinsnede op te nemen in art. 2:24d lid 1 BW:

“[...] wordt geen rekening gehouden met lidmaatschappen of aandelen waarvan de wet of de statuten bepalen dat daarvoor geen stem kan worden uitgebracht.”

Tijdens de parlementaire behandeling hebben de leden van de CDA-fractie de vraag gesteld of ook bedoeld wordt op de aandelen waarvan het stemrecht tijdelijk is opgeschort.⁶⁸ In de reactie wordt vermeld dat art. 2:24d BW door deze voorgestelde aanpassing onbedoeld een bredere reikwijdte zal krijgen dan in de memorie van toelichting wordt voorgesteld. Bedoeld was om een voorziening te treffen voor stemrechtloze aandelen van een BV. In de formulering van het artikel heeft de bepaling echter een ruimere reikwijdte, omdat het ook betrekking heeft op statutaire opschorting van het stemrecht wegens het niet naleven van een kwaliteitseis, een statutaire aanbiedingsplicht en een statutaire verplichting van verbintenisrechtelijke aard. Bovendien worden behalve statutaire regelingen van de BV, ook statutaire regelingen van de NV geraakt. Omdat het

64. Zie W. Westbroek en A.A. Schulting, 'Departementale Richtlijnen voor het beoordelen van oprichtingen en statutenwijzigingen van nv's en bv's' in: *Rechtspersonen, Aanverwante stukken I*, Departementale richtlijnen (losbl.) par. 27, aant. 3, Handboek 1992, nr. 41.4, Dumoulin 1999, nr. 210, p. 165-166.

65. J.M.M. Maeijer (m.m.v. F.J.P. van den Ingh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 614. Zie hierover Schoonbrood 2002, p. 90.

66. *Kamerstukken II*, 1999/00, 26277, nr. 4, p. 6

67. *Kamerstukken II*, 1999/00, 26277, nr. 5, p. 8 (NV) en Schoonbrood 2002, p. 88.

68. *Kamerstukken II*, 2007/08, 31058, nr. 5, p. 13.

wetsvoorstel zich beperkt tot aanpassingen in het BV-recht, is de tekst uiteindelijk zo gewijzigd dat art. 2:24d BW zich behalve op wettelijke stemrechtbeperkingen slechts uitstrekt tot statutaire regelingen als bedoeld in art. 2:228 lid 5 BW.⁶⁹

Naar aanleiding daarvan is de zinsnede als volgt komen te luiden:

“[...] wordt geen rekening gehouden met lidmaatschappen of aandelen waarvan de wet of een statutaire regeling als bedoeld in art. 228 lid 5 bepaalt dat daarvoor geen stem kan worden uitgebracht.”

De opzet van het artikel is gewijzigd, waardoor nu expliciet de reikwijdte naar voren komt. Daarnaast is naar aanleiding van deze vraag de opzet van de regeling in die zin vereenvoudigd, dat de bepalingen waarvoor een uitzondering geldt, opgesomd zijn in art. 2:24d lid 2 BW.⁷⁰

Nu de parlementaire geschiedenis zo duidelijk is over de reikwijdte, lijkt vast te staan dat art. 2:24d BW geen toepassing vindt bij andere statutaire stemrechtbeperkingen. Dat betekent dat als het stemrecht van bepaalde aandelen is opgeschort omdat de aandeelhouder bijvoorbeeld niet voldoet aan een statutaire eis, die aandelen wel meetellen bij de berekeningen van een quorum of een pro-quorum.⁷¹

In geval van een quorum dat slechts uit de statuten volgt of een wettelijk quorum met een maximumkarakter is het volgens ons wel mogelijk om expliciet statutair te bepalen dat ook aandelen waarvan de stemrechten zuiver statutair zijn opgeschort niet meetellen bij de berekening van het quorum.

5.3.5. *Beperkt gerechtigden en certificaathouders met vergaderrecht*

Wanneer op aandelen een vruchtgebruik of pandrecht is gevestigd met overgang van stemrecht, kunnen zowel de aandeelhouder als de beperkt gerechtigde op de vergadering verschijnen. Ook zonder dat de beperkt gerechtigde stemrecht heeft kan hij vergaderrecht hebben (art. 2:88(197) lid 4 resp. 2:98(198) lid 4 BW). Wiens aanwezigheid is nu van belang bij de berekening of een quorum gehaald wordt? Het gaat naar onze mening om de aanwezigheid van degene die tevens de stem uit kan brengen. De persoon die enkel vergaderrecht (en geen stemrecht) heeft, is niet relevant voor de berekening van een quorum.

Eenzelfde vraagstuk kan zich voor doen indien voor aandelen certificaten met medewerking (bij de NV) of met vergaderrecht (BV) zijn toegekend. De certificaathouder heeft in dat geval vergaderrecht (art. 2:88 lid 4 (227 lid 2) BW). Ook in dit geval menen we dat enkel de aanwezigheid van de stemgerechtigde aandeelhouder een rol speelt; de aanwezigheid van

de certificaathouder speelt voor de berekening van een quorum geen rol.

5.4. *Een tweede vergadering bij het niet halen van een quorum*

5.4.1. *Verschil tussen wettelijke en statutaire quorumeis*

Art. 2:120(230) lid 3 BW bepaalt dat in het geval in de statuten een quorumeis is opgenomen en in de vergadering het vereiste kapitaal niet vertegenwoordigd was, een nieuwe vergadering kan worden bijeengeroepen. In die tweede vergadering kan dan het besluit worden genomen onafhankelijk van het in die vergadering vertegenwoordigde kapitaal.⁷²

Uit de tekst van de wet kan worden opgemaakt dat geen tweede vergadering mogelijk is als de wet een quorumeis stelt, tenzij de wet expliciet een tweede vergadering mogelijk maakt. De wet kent bijvoorbeeld een tweede vergadering bij de benoeming van commissarissen van een structuurvennootschap (art. 2:158(268) lid 9 BW). Wil men de mogelijkheid van een tweede vergadering openhouden bij een wettelijke quorumeis zonder dat de wet in een tweede vergadering voorziet, dan zal de mogelijkheid van een tweede vergadering statutair moeten worden vormgegeven. Andersom moet een adviseur er op bedacht zijn dat wanneer hij een wettelijk quorum in de statuten overneemt, bijvoorbeeld bij wijze van ‘spoorboekje’, hij een statutair quorum creëert; daarmee wordt art. 2:120(230) lid 5 BW van toepassing en wordt de mogelijkheid tot een tweede vergadering gecreëerd.

5.4.2. *De tweede vergadering bij een pro-quorum*

De vraag kan opkomen of een tweede vergadering ook mogelijk is bij een statutair opgenomen pro-quorum. Nemen wij bijvoorbeeld een stempunt waarvoor op grond van de statuten een pro-quorum geldt van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Als er minder dan de helft van het geplaatste kapitaal ter vergadering aanwezig is, kan het besluit niet genomen worden; betekent dit dat hierdoor een tweede vergadering mogelijk is op basis van art. 2:120(230) lid 3 BW?

Volgens Westbroek en Schulting kan het vereiste dat de voorstemmers meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen voor de toe-

69. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31058, nr. 6, p. 14.

70. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31058, nr. 6, p. 14.

71. Zie hiervoor bijvoorbeeld: A.F.M. Dorresteyn, *Groene Serie Rechtspersonen*, artikel 2:24d BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 31 juli 2012) en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, nr. 266.

72. Het orgaan dat de eerste vergadering bijeenriep is niet verplicht de tweede bijeen te roepen. Zie hierover uitgebreid Dumoulin 1999, nr. 213 en nr. 168.

passing van de regeling van de tweede vergadering aangemerkt worden als een (indirecte) quorumeis.⁷³ In die visie is een tweede vergadering mogelijk als de pro-quorumeis ook in de statuten is opgenomen, tenzij de statuten vervolgens de mogelijkheid van een tweede vergadering expliciet uitsluiten. Volgens Nolet is hier geen sprake van een quorumeis met een versterkte meerderheid maar slechts van een versterkte meerderheid.⁷⁴ In die visie is het besluit niet afhankelijk van het in de vergadering vertegenwoordigd kapitaal en kan geen tweede vergadering worden gehouden. Zoals hiervoor opgemerkt delen wij de visie van Nolet en zien wij een pro-quorum als een meerderheidsvereiste en niet als een quorum. Art. 2:120(230) lid 3 BW is hier dus niet van toepassing en leidt er dus niet toe dat een tweede vergadering gehouden kan worden waar het pro-quorum niet geldt.

Indien men wenst dat bij een statutair pro-quorum een tweede vergadering op grond van art. 2:120(230) lid 3 BW mogelijk is, kan men dat bewerkstelligen door het pro-quorum op te splitsen in versterkte meerderheidsvereiste en een zuiver aanwezigheidsquorum. In het gegeven voorbeeld zouden de statuten kunnen bepalen dat alleen gestemd kan worden over het betreffende voorstel indien meer dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en dat de stemming zelf een versterkte meerderheid vereist. Uiteraard kan de statutaire bepaling zelf ook expliciet een tweede vergadering mogelijk maken.

5.4.3. *Oproep tweede vergadering tegelijk met oproep eerste vergadering?*

In de praktijk wordt soms geadviseerd de tweede vergadering waarvoor geen quorumeis geldt direct op te roepen met de eerste vergadering. Men wil dit dan vorm geven door tegelijk met de oproep van de eerste vergadering een voorwaardelijke oproep uit te sturen voor een tweede vergadering die vlak na afloop van de eerste vergadering wordt gehouden als het vereiste quorum voor de eerste vergadering niet vertegenwoordigd is. Men wil hiermee meestal voorkomen dat weer een nieuwe oproepingstermijn gaat lopen na afloop van de eerste vergadering.

Deze aanpak past niet in het systeem. Het is ook niet redelijk om tegelijkertijd met de oproep van de eerste vergadering een tweede vergadering bijeen te roepen ook als al tevoren duidelijk is dat het quorum niet zal worden gehaald.⁷⁵ In de eerste vergadering moet eerst worden geconstateerd dat het quorum niet is gehaald. Een stemming over het voorstel heeft dan geen zin. De tweede vergadering kan pas daarna worden opgeroepen en aandeelhouders die bij de eerste vergadering niet aanwezig waren, hebben dan in ieder geval de mogelijkheid naar de tweede vergadering te komen. Wenst men deze procedure niet te volgen dan zullen de besluiten niet rechtsgeldig tot stand komen en vernietigbaar zijn (art. 2:15 lid 1 sub

a BW). Het quorum blijft in de tweede vergadering uiteraard slechts achterwege indien het stempunt (inhoudelijk) gelijk luidt aan het stempunt voor de eerste vergadering; aan de inhoud van dat stempunt kan bij de oproeping voor de tweede vergadering dus niet worden gesleuteld.

Aan een tweede vergadering met een nieuwe oproep kan men ook niet ontkomen door in de eerste vergadering de behandeling van het voorstel waarvoor een quorum nodig is te schorsen en de voortzetting van die vergadering te verdagen naar een andere dag waarbij dan na voortzetting een lager quorum of geen quorum van toepassing is. In Nederland kennen we immers niet het systeem dat een vergadering kan worden verdaagd naar een andere dag.

Als een vennootschap weet dat telkens maar weinig kapitaal in een vergadering vertegenwoordigd is waardoor in een eerste vergadering het quorum niet wordt gehaald en nooit gestemd zal kunnen worden over de voorstellen, dan heeft het handhaven van de quorumeis geen zin en ligt het voor de hand om de regeling in de statuten aan te passen door de quorumeis te schrappen of eventueel te verlagen.

6. Slotbeschouwing

Een voorzitter van een algemene vergadering kan op de vergadering worden geconfronteerd met ingewikkelde vraagstukken omtrent de besluitvorming. Een goede voorbereiding van de vergadering is daarom van belang. Dit geldt niet alleen voor beursvennootschappen. Met allerlei juridische en praktische problemen bij stemrechtregelingen kan dan wellicht tijdig rekening worden gehouden. Bij een BV kan het stemrecht flexibel worden geregeld maar ook bij een NV zijn meer mogelijkheden, al maakt de praktijk daar weinig gebruik (meer) van. Een voorzitter zal bij de voorbereiding kunnen letten op de volgende kwesties: wie geldt als stemgerechtigde, op welke aandelen kan stem worden uitgebracht, op welke wijze kan worden gestemd, welke meerderheden zijn per voorstel vereist, welk quorum is nodig, hoe wordt dit quorum berekend en wanneer kan (desnoods) een tweede vergadering worden gehouden. De vraagstukken rondom de besluitvorming kunnen ingewikkeld zijn. Toch hopen we dat een voorzitter van een vergadering na het lezen van deze bijdrage minder last zal hebben van nachtmerries.

73. Westbroek en Schulting, t.a.p., par. 6, aant. 10 en in 2002 ook nog Schoonbrood 2002, p. 112.

74. J.V. Nolet, 'Misverstand over statutaire bepalingen in bv's? Een poging tot bezinning', *TVVS* 1979, p. 351-352.

75. Dumoulin 1999, p. 167. *Kamerstukken I* 1959/60, 3769, p. 12 bij art. 2.3.4.14 lid 3 (thans art. 2:120 lid 3 BW): "Een dergelijke bijeenroeping kan, blijkens het bepaalde in lid 3, immers eerst geschieden indien een bepaald quorum niet ter eerste vergadering aanwezig was."