

Topmodel met alle opties

EEN PREVIEW VAN DE FLEX-BV

MR. P.H.N. QUIST

Op 15 december 2009 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel inhoudende de flexibilisering van het bv-recht¹ aangenomen. Een belangrijke stap voorwaarts. Het begint menens te worden met de flex-bv. Reden om de hoofdpunten van het wetsvoorstel zoals thans aangenomen de revue te laten passeren. Achtereenvolgens zal worden stilgestaan bij de regels omtrent kapitaal en kapitaalbescherming, stem- en vergaderrechten, besluitvorming, winstrechten, overdraagbaarheid van aandelen, benoeming van bestuurders en commissarissen en ten slotte bij aandeelhoudersrechten en -verplichtingen. De nieuwe geschillenregeling gaat het bestek van dit artikel te buiten.

Kapitaal

De meest in het oog springende wijzigingen die het wetsvoorstel op dit punt behelst zijn: het afschaffen van een minimumkapitaal, het afschaffen van een verplicht maatschappelijk kapitaal en een nominale waarde van aandelen die ook in andere valuta dan euro kan worden uitgedrukt. Ingevolge art. 2:178 lid 1 BW² dienen de statuten het nominale bedrag van de aandelen te vermelden. De nominale waarde kan worden uitgedrukt in meer dan twee cijfers achter de komma³ en kan worden uitgedrukt in een vreemde valuta. Vennootschappen die zijn ontstaan voor 1 januari 2002 kunnen nog aandelen hebben waarvan de nominale waarde in gulden is uitgedrukt. De huidige regeling omtrent de in bepaalde gevallen verplichte omzetting van bedragen in euro wordt gehandhaafd, met dien verstande dat ook wijziging van de nominale waarde van aandelen in een vreemde geldeenheid kan geschieden.⁴ Tevens *kunnen* de statuten een maatschappelijk kapitaal vermelden. Dat hoeft niet. Als dat wel het geval is, zal dit maatschappelijk kapitaal, zoals thans, de grens vormen van het aantal

aandelen dat zonder wijziging van de statuten kan worden uitgegeven. De eis dat ten minste een vijfde gedeelte van het maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst, komt echter te vervallen. Het schrappen van de eis dat statuten een maatschappelijk kapitaal dienen te bevatten biedt een voordeel in gevallen waarin regelmatig emissies plaatsvinden. Dit betekent mijns inziens echter niet het einde van het maatschappelijk kapitaal; in gevallen waarin de besluitvorming omtrent emissie van aandelen door de statuten aan een ander orgaan dan de algemene vergadering is toegekend, kan er voor gekozen worden voor uitgifte boven een bepaalde grens het laatste woord aan de algemene vergadering te geven, die al dan niet kan besluiten het maatschappelijk kapitaal door statutenwijziging te verhogen.

Kapitaalbescherming

Misschien wel de meest ingrijpende wijziging van de nieuwe regeling is dat het systeem van kapitaalbescherming geheel anders wordt. Bij storting op aandelen anders dan in geld komt de accountantsverklaring te vervallen, bij storting op aandelen bij oprichting in geld vervalt het vereiste van een bankverklaring. Het crediteurenverzet bij kapitaalvermindering, zowel door verlaging van de nominale waarde van aandelen als door intrekking van aandelen, komt te vervallen.⁵ De regeling omtrent Nachgründung verdwijnt.

1 *Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2 (wetsvoorstel).*

2 Tenzij anders is vermeld, verwijzen artikelen naar de artikelen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zoals deze op grond van het thans door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel komen te luiden.

3 Dit geldt echter niet indien de nominale waarde nog is uitgedrukt in gulden (art. 2:178 lid 2 BW).

4 Art. 2:178c lid 2 BW komt te luiden als volgt: "Indien een besloten vennootschap waarvan de statuten het bedrag van het maatschappelijk kapitaal en het bedrag van de aandelen in gulden vermelden, na 1 januari 2002 een wijziging aanbrengt in een of meer bepalingen waarin bedragen in gulden worden uitgedrukt, worden in de statuten alle bedragen omgezet in euro of een vreemde geldeenheid. De artikelen 178a en 178b zijn van toepassing."

5 Bij art. 2:182 BW is echter een procedure van crediteurenverzet bij omzetting van de bv in een andere rechtspersoon (met uitzondering van de omzetting van een bv in een nv) toegevoegd overeenkomstig de huidige verzetsprocedure bij kapitaalvermindering. De reden hiervan is niet langer gelegen in de bescherming van het kapitaal, maar in het feit dat de taken en verantwoordelijkheden van het bestuur ten aanzien van het vermogen bij een bv onder de nieuwe wetgeving verstrekkender zijn dan bij andere rechtspersonen.

In plaats daarvan komt een grotere rol en verantwoordelijkheid van het bestuur bij de bepaling of een kapitaalvermindering, storting op aandelen of een 'Nachgründungstransactie' met de vennootschap kan plaatsvinden. Ook bij inkoop komt het bestuur een grotere verantwoordelijkheid toe in de beoordeling van de haalbaarheid daarvan. Voorts komen de beperkingen en verboden met betrekking tot het verstrekken van leningen, het verstrekken van koersgaranties en het verlenen van zekerheden met het oog op het nemen van (certificaten van) aandelen in het kapitaal van de vennootschap te vervallen.

Oprichting en uitgifte

Indien op aandelen anders dan in geld wordt gestort maken de oprichters nog steeds een beschrijving op, die door alle oprichters wordt ondertekend. De beschrijvingsdatum mag maximaal zes maanden voor de oprichting liggen.⁶ De beschrijving dient, zoals thans, ter inzage van de (toekomstige) aandeelhouders en vergadergerechtigden te liggen. Of de waarde die de beschrijving weergeeft reëel is en derhalve volstaat ter volstorting van de aandelen en de boeking van agio in het geval van een storting boven het nominale bedrag, staat geheel ter beoordeling van de oprichters. In geval van storting anders dan in geld na oprichting komt deze rol toe aan de bestuurders. De accountantsverklaring over de beschrijving komt te vervallen. Bij storting op aandelen in geld bij oprichting komt, zoals gezegd, het vereiste van de bankverklaring te vervallen. Bij storting in andere valuta dan die waarin de aandelen luiden vereist art. 2:191a lid 3 BW wel nog steeds, zowel bij oprichting als na oprichting, een verklaring omtrent de wisselkoers. Bepalend is de dag van storting.

Inkoop en intrekking

De kapitaalbeschermingsregeling ten aanzien van inkoop en intrekking van aandelen wordt ook aanzienlijk anders. De inkoop van aandelen als zodanig is niet gemaximeerd, zij het dat er ten minste één stemgerechtigd aandeel bij een ander dan de vennootschap of een dochtermaatschappij dient te zijn geplaatst.⁷ Het bestuur beslist over de verkrijging van aandelen in het kapitaal van de vennootschap, zo bepaalt art. 2:207 lid 1 BW. Ingevolge lid 2 van dat artikel legt het bestuur twee toetsen aan. Tot verkrijging anders dan om niet kan niet worden overgegaan indien (i) het

eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden, waarbij de laatst vastgestelde jaarrekening bepalend is,⁸ of (ii) indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, een Beklamel-achtige toets dus.⁹ Een toerekenbaar verkeerde inschatting omtrent het laatste heeft voor de bestuurders en feitelijk beleidsbepalers ingrijpende gevolgen: wie deze geobjectiveerde wetenschap kan worden toegeschreven is jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging is ontstaan met de wettelijke rente vanaf de dag van de verkrijging. Disculpatie is mogelijk. Ook de vervreemder van de aandelen die deze geobjectiveerde wetenschap kan worden toegeschreven is jegens de vennootschap gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging van zijn aandelen is ontstaan, voor ten hoogste de verkrijgingsprijs van de door hem vervreemde aandelen, met de wettelijke rente vanaf de dag van de verkrijging. Op schuldverrekening kan geen beroep worden gedaan.

De regeling omtrent de verkrijging van aandelen door een dochtermaatschappij blijft in hoofdlijnen overeind, maar wordt toegesneden op de nieuwe regels omtrent de verkrijging door een vennootschap van eigen aandelen. Zo mag een dochtermaatschappij alleen dan aandelen in de moeder voor eigen rekening onder bijzondere titel anders dan om niet verkrijgen, als het bestuur van de moeder daarmee heeft ingestemd. Is die instemming niet verleend, dan is de verkrijging nietig. Alvorens die instemming te verlenen dient de toets van art. 2:207 lid 2 BW zoals hiervoor omschreven te worden aangelegd: mocht de dochtermaatschappij na de verkrijging niet kunnen voortgaan met de betaling van haar schulden, dan zijn de bestuurders van de moeder die dat ten tijde van de verkrijging wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien, hoofdelijk verbonden jegens de dochtermaatschappij tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de verkrijging.

Zoals eerder gemeld komt ten aanzien van de intrekking en de verlaging van het bedrag van de aandelen de regeling van het crediteurenverzet te vervallen. Op een besluit tot kapitaalvermindering zijn de leden 2 tot en met 4 van art. 2:216 BW van overeenkomstige toepassing als was het een uitkering:¹⁰ de algemene vergadering kan er toe besluiten maar het bestuur dient er zijn goedkeuring aan te geven. In het volgende onderdeel ga ik nader op deze regeling in.

6 Gezien de korte doorlooptijd van de aanvragen bij het Ministerie van Justitie laat ik de regeling waar het Ministerie zich tegen eigen traagheid heeft ingedeekt in het laatste deel van de tweede zin van art. 2:204a lid 1 BW buiten beschouwing. Overigens wordt in het wetsvoorstel "Wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen" (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 948, nr. 2) voorgesteld om bedoelde zinsnede te schrappen.

7 Zie art. 2:175 lid 1 BW laatste zin, art. 2:207a lid 2 BW en art. 2:207d lid 2 BW.

8 Het verbod op inkoop indien méér dan zes maanden zijn verstreken zonder dat de jaarrekening is vastgesteld, komt te vervallen.

9 HR 6 oktober 1989, *RvdW* 1989, 217: "Indien een bestuurder een overeenkomst aangaat terwijl hij wist, althans behoorde te weten, althans behoorde te voorzien dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal biedt voor de schade die de derde dientengevolge lijdt, pleegt de bestuurder een onrechtmatige daad jegens die derde."

10 Zie art. 2:208 lid 6 BW.

Uitkeringen van winst en reserves

Ook de kapitaalbeschermingsregeling ten aanzien van uitkeringen wordt aanzienlijk anders. Tot uitkering kan worden besloten door de algemene vergadering dan wel een ander bij de statuten aangewezen orgaan. Er kan echter slechts worden besloten tot uitkering voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Bepalend is de laatst vastgestelde jaarrekening. Een tussentijdse vermogensopstelling is niet voorgeschreven. Het is dus het tot uitkering bevoegde orgaan dat deze beoordeling dient te maken. Een besluit tot uitkering heeft echter geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert slechts goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De gevolgen van een goedkeuring die geweigerd had dienen te worden in het geval dat bestuurders beter hadden moeten weten zijn even verstrekkend als bij inkoop: hoofdelijke verbondenheid van de bestuurders voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan onder gehoudenheid tot vergoeding van de wettelijke rente vanaf het moment van uitkering, zonder recht op verrekening maar met de mogelijkheid van disculpatie.

De flex-bv vraagt om bestuurders met een rechte rug.

Ook degene die de uitkering ontving en wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, zulks voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van uitkering. Op welke periode het voldoen van de opeisbare schulden moet zien wordt opengelaten. De memorie van toelichting gaat ervan uit dat dit over het algemeen een jaar zal zijn, maar langer of korter kan dus ook.¹¹ Overigens vermeldt de memorie van toelichting dat aansprakelijkheid alleen aan de orde zou moeten zijn indien sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Aansprakelijkheid dient volgens de memorie van toelichting dus niet te snel te worden aangenomen.¹² Het is niet vereist dat de beoordeling wordt getoetst door een deskundige. Stel nu dat een uitkering het vermogen tot betaling van de vennootschap niet aantast, maar wel groter is dan de kapitaalrekening toestaat, moet het bestuur dan toch tot uitkering overgaan? Een uitkering boven de grens gesteld in art. 2:216 lid 1 BW is mijns inziens nietig wegens strijd met de wet. Het bestuur kan derhalve niet meewerken aan de uitvoering van het besluit, in ieder geval niet voorzover de uitkering het maximum zou overschrijden.

11 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 29-30 en p. 70-71.

12 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.

Deze wijzigingen zijn, hoewel zij grotendeels een codificatie vormen van bestaande rechtspraak, verstrekkend en zullen vooral bestuurders van concernvennootschappen waarbij 'bevelen' van hogerhand worden gegeven nopen tot een herbezinning op hun rol. De flex-bv vraagt om bestuurders met een rechte rug.

Stem- en vergaderrechten; besluitvorming

In het wetsvoorstel wordt een aantal nieuwe elementen geïntroduceerd. Zo wordt het op grond van art. 2:228 BW mogelijk stemrechtloze aandelen te creëren en ontstaat er grote vrijheid de stemverhoudingen in te richten. Een zodanige statutaire regeling geldt voor alle besluiten van de algemene vergadering. Een differentiatie van het aan aandelen verbonden stemrecht per besluit is niet mogelijk. Een stemrechtloos aandeel kan niet tevens winstrechtloos zijn. De nieuwe regeling maakt een einde aan de hoofdbreken die het huidige, deels nagenoeg onleesbare, art. 2:228 BW ten aanzien van gedifferentieerd stemrecht vaak oplevert. Maar er is meer dat wordt verhelderd. Het nieuwe art. 2:227 lid 1 BW definieert vergaderrechten: het recht om, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde, de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Vergaderrechten komen onder meer toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden. De statuten kunnen bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrechten aan certificaten van aandelen geschiedt door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan. Dit maakt een einde aan de huidige, soms lastige, beoordeling of certificaten al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. De huidige regeling omtrent vergaderrechten van aandeelhouders, vruchtgebruikers en pandhouders wordt in grote lijnen gehandhaafd. De minimale oproepingstermijn wordt verkort naar acht dagen. Is die termijn niet in acht genomen dan kan toch wettig worden besloten indien alle vergadergerechtigden met die verkorte oproepingstermijn hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. De statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering in een plaats buiten Nederland plaatsvindt. Vindt een vergadering elders plaats dan de statuten voorschrijven, dan is besluitvorming toch mogelijk indien alle vergadergerechtigden met die andere vergaderplaats hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. Ten minste een maal per jaar dient een algemene vergadering te worden gehouden, zij het dat in plaats daarvan ook besluitvorming buiten vergadering kan plaatsvinden. Daarmee komt met de nieuwe wet ook aan die discussie een einde. Besluitvorming buiten vergadering kan ook als er naast de aandeelhouders ook andere vergadergerechtigden zijn mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming. Een statutaire grondslag is daarvoor niet nodig. Besluitvorming met algemene stemmen is evenmin vereist. Wel dienen bestuurders en commissarissen voordien in de gelegenheid te worden gesteld hun advies uit

te brengen. Een aanzienlijke verruiming van de mogelijkheid dus om buiten vergadering te besluiten.

Stemmen kunnen, tenzij de statuten anders bepalen, ook elektronisch worden uitgebracht. Een stem- of vergadervolmacht dient schriftelijk te worden verleend, waaraan ook wordt voldaan als de volmacht elektronisch is vastgelegd.

Winstrechten

Nieuw is dat de statuten kunnen voorzien in aandelen zonder winstrechten. Art. 2:216 lid 7 BW bepaalt dat bij de statuten kan worden bepaald dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Aandelen kunnen ingevolge art. 2:228 lid 5 BW niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn. Aandelen waaraan louter vergaderrechten zouden zijn verbonden zijn derhalve niet mogelijk. De nieuwe regeling maakt het onder meer mogelijk prioriteitsaandelen uit te geven waaraan geen winstrechten zijn verbonden.

Overigens maakt art. 2:216 lid 7 BW een einde aan de vraag of de winstverdeling tussen aandeelhouders niet alleen bij de statuten, maar ook *krachtens* de statuten mogelijk is. In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat afwijking krachtens de statuten niet mogelijk is.¹³ Een bepaling in een aandeelhoudersovereenkomst waarbij van de statutaire winstverdelingsbepalingen wordt afgeweken blijft derhalve wel mogelijk, maar zal, zoals thans, dienen te worden beschouwd als een herverdelingsovereenkomst op aandeelhoudersniveau.

Blokkeringsregeling en lock-up

De blokkeringsregeling is in het wetsvoorstel aanzienlijk veranderd. De wet voorziet in een aanbiedingsregeling en, indien gewenst door de aanbiedende aandeelhouder, een prijsbepaling door een of meer onafhankelijke deskundigen. Daar kan bij de statuten van worden afgeweken in die zin dat een andere blokkeringsregeling wordt opgenomen of dat er geen blokkeringsregeling wordt opgenomen. Ook is het mogelijk dat bij de statuten wordt bepaald dat de overdraagbaarheid van de aandelen tijdelijk wordt uitgesloten. Voorts kan in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling worden opgenomen. De bepalingen in de statuten omtrent de overdraagbaarheid van aandelen vinden geen toepassing, indien de overdracht door die bepalingen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, tenzij dit het gevolg is van een tijdelijke statutaire uitsluiting van overdracht of van een statutaire prijsbepalingsregeling waaraan de aandeelhouder is gebonden.

Nieuw is de regeling dat in geval van executoriaal beslag, faillissement en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, afgifte van legaat, toedeling uit een gemeenschap of een pandrecht, de rechter de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan verklaren. De rechter

gaat hier slechts toe over indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad. Deze bepaling is overgenomen uit de Antilliaanse bv-regeling.

Benoeming van bestuurders en commissarissen; instructiebevoegdheid

De thans geldende hoofdregel is gehandhaafd: de benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door de algemene vergadering. De statuten kunnen echter bepalen dat de benoeming geschiedt door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Daaronder kunnen bijvoorbeeld houders van aandelen met bepaalde nummers worden verstaan. Vereist is wel dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Een wijziging van de statuten in die zin behoeft een unaniem besluit.¹⁴ Indien echter de benoeming van bestuurders op grond van het structuurregime door de raad van commissarissen geschiedt, is afwijking van de wettelijke regeling op grond van dit artikel niet mogelijk. Bestuurders kunnen te allen tijde worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming. De statuten kunnen echter bepalen dat een bestuurder eveneens wordt ontslagen door een ander orgaan, tenzij de benoeming van bestuurders overeenkomstig art. 2:272 BW (structuurregeling) geschiedt. Tenzij de statuten anders bepalen is de raad van commissarissen bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. Geschiedt de schorsing en het ontslag echter door de algemene vergadering, dan blijft de huidige wettelijke grens van een versterkte meerderheid van kracht, zij het iets anders geformuleerd: de versterkte meerderheid mag twee derden van de uitgebrachte stemmen, welk twee derden meer dan (*de helft van?*)¹⁵ het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, niet te boven gaan.

De statuten kunnen bepalen dat de benoeming door de algemene vergadering uit een voordracht geschiedt, welke niet méér dan één persoon behoeft te omvatten. Gehandhaafd is dat de algemene vergadering het bindend karakter aan een voordracht altijd kan ontnemen met ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Voor de goede orde meldt lid 3 van art. 2:243 BW dat wanneer

14 Overigens lijken art. 2:242 lid 1 BW en art. 2:252 lid 1 BW in de Nota van Wijziging (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7) en het Gewijzigd Voorstel van Wet (*Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A) abusievelijk te verwijzen naar art. 2:228 lid 4, tweede volzin. Dit zou m.i. de derde volzin moeten zijn.

15 De Nota van Wijziging (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7) en het Gewijzigd Voorstel van Wet (*Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A) lijken ten onrechte te vermelden dat het zou moeten gaan om 'twee derden meer dan het geplaatste kapitaal'. Volgens p. 18 van de Nota van Wijziging zou art. 2:244 lid 2 BW tenslotte in overeenstemming moeten worden gebracht met de tekst van het voorgestelde art. 2:243 lid 2 BW, waar eveneens wordt gesproken over: 'twee derden meer dan de helft van het geplaatste kapitaal'.

13 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 75.

de voordracht één kandidaat voor een te vervullen plaats bevat, een besluit over de voordracht tot gevolg heeft dat de kandidaat is benoemd, tenzij het bindend karakter aan de voordracht wordt ontnomen. Stemt dus iets meer dan de helft van de ter vergadering aanwezige aandeelhouders tegen, maar zijn dat er te weinig om de voordracht te doorbreken, dan is de kandidaat tot bestuurder benoemd.

De regeling omtrent de benoeming en het ontslag van commissarissen is overeenkomstig die ten aanzien van bestuurders. De huidige regeling dat maximaal een derde van het aantal commissarissen door derden kan worden benoemd is gehandhaafd.

De trustsector ziet zijn werkwijze gecodificeerd. Het laveren tussen instructie en vennootschappelijk belang kan echter complex zijn en vereist alerte bestuurders.

Deze regeling maakt een einde aan omtrekkende bewegingen middels de bindende voordracht door een groep aandeelhouders, welke voordracht thans uit ten minste twee personen dient te bestaan, doorgaans bestaande uit een serieuze kandidaat als nummer een op de voordracht en een fopkandidaat als tweede voorgedragene.

De instructiebevoegdheid wordt in art. 2:239 lid 4 BW aanzienlijk aangescherpt. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Maar dan komt het: het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De trustsector werkt al jaren langs deze lijn en ziet zijn werkwijze gecodificeerd. Het laveren tussen instructie en vennootschappelijk belang kan echter complex zijn en vereist alerte bestuurders.

Aandeelhoudersrechten en -verplichtingen

Ingevolge art. 2:192 BW kunnen de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding:

- a. bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of een derde of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden;
- b. eisen verbinden aan het aandeelhouderschap;
- c. bepalen dat de aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen.

Een zodanige verplichting of eis kan niet, ook niet onder voorwaarde of tijdsbepaling, tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd. In het geval een aandeelhouder zijn aandelen dient over te dragen op grond van de statutaire regeling, heeft deze het recht een prijs te ontvangen ge-

lijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen. De statuten kunnen, zo zagen wij al, echter voorzien in een afwijkende prijsbepalingsregeling. Ook deze kan aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden opgelegd. De statuten kunnen ingevolge art. 2:192 lid 4 BW bepalen dat zolang een aandeelhouder een statutaire verplichting niet nakomt of niet aan de statutaire eis voldoet, het stemrecht, het recht op uitkering of het vergaderrecht is opgeschort. Hierbij is de regel dat een opschorting van rechten vervalt, indien de opschorting tot gevolg heeft dat geen van de aandeelhouders het stemrecht kan uitoefenen.

Nieuw is ook de regeling van art. 2:192a BW, inhoudende dat indien een aandeelhouder, die niet gebonden is aan een statutaire verplichting tot overdracht als bedoeld in art. 2:192 BW onder a tot en met c, zijn aandelen wil vervreemden, maar merkt dat de overdracht van die aandelen in verband met de gebondenheid van de *verkrijger* aan die verplichting of eis onmogelijk of uiterst bezwarend is, de vennootschap kan verzoeken om gegadigden aan te wijzen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten (ik raad de lezer aan de voorgaande zin te herlezen en met herlezing door te gaan tot een hogere staat van verlichting is bereikt). De regeling dient zodanig te zijn dat de aandeelhouder die dit verlangt een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen. Ook nu geldt weer dat de statuten kunnen voorzien in een afwijkende prijsbepalingsregeling, echter deze kan aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden opgelegd. Indien de vennootschap niet overgaat tot een zodanige aanwijzing binnen drie maanden na het verzoek, kan de aandeelhouder binnen zes maanden na het verstrijken van die termijn zijn aandelen aan een ander overdragen en is de verkrijger van de aandelen niet gebonden aan de statutaire verplichting of eis.

Het nieuwe art. 2:192 BW maakt het mogelijk verplichtingen van aandeelhouders die anders alleen in een aandeelhoudersovereenkomst vorm zouden kunnen krijgen nu ook statutair te regelen. Zo kan een bovennominale bijstoringsplicht statutair worden vastgelegd en kan als eis aan het aandeelhouderschap worden gesteld dat men partij is bij een aandeelhoudersovereenkomst.

Minderheidsbescherming

Nu de nieuwe wet veel minder dan thans de verhoudingen tussen stakeholders dwingendrechtelijk voorschrijft en grote vrijheid laat bij het vormgeven van de onderlinge verhoudingen in de statuten, rijst de vraag hoe de minderheidsaandeelhouder kan worden beschermd tegen de wil van de meerderheid. De bescherming die het wetsvoorstel aan de minderheidsaandeelhouder biedt komt in verschillende gedaanten voor en kan worden onderscheiden in:

1. het vereiste van *instemming* van de aandeelhouders aan wier rechten een wijziging afbreuk doet;¹⁶
 2. de unanimiteitseis;¹⁷
 3. het vereiste van een goedkeurend besluit;¹⁸
 4. de vrijstelling voor de aandeelhouder die niet heeft ingestemd met het desbetreffende besluit;¹⁹ en
 5. aanpassing van de geschillenregeling, inhoudende het recht op uittreding zoals omschreven in art. 2:343 BW.
- Voor de bepaling of een quorum en/of gekwalificeerde meerderheid is behaald tellen de stemrechtloze aandelen niet mee. Aan deze aandelen komen wel vergaderrechten toe, maar als zij niet ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn, kan het besluit door de andere aandeelhouders toch worden genomen. In die zin wijkt de regeling van het unanimiteitsvereiste af van de regeling waar de instemming van aandeelhouders is vereist.

Tot besluit

Het wetsvoorstel tot flexibilisering van het bv-recht, zoals thans door de Tweede Kamer aangenomen, biedt een aanzienlijke verruiming van de mogelijkheden tot inrichting van de statuten ten aanzien van onder meer stemrecht, besluitvorming, winstgerechtigdheid, overdracht van aandelen, aandeelhoudersrechten en -verplichtingen en de

- 16 Ook de houders van stemrechtloze aandelen zullen hun instemming moeten geven voor besluiten tot statutenwijziging die hun rechten beperken. Het vereiste van instemming zien wij onder meer bij een statutenwijziging waarbij een lock-up periode wordt ingesteld (art. 2:195 lid 3 BW), afwijking van het evenredigheidsvereiste bij kapitaalvermindering of ontheffing van de stortingsplicht (art. 2:208 lid 3 en 4 BW), afwijking van de grondslag van de winstverdeling aan de hand van verplichte stortingen (art. 2:216 lid 6 BW), statutenwijziging waarbij aan bepaalde aandelen geen of een beperkt winstrecht wordt toegekend dan wel van de grondslag van de winstverdeling als bedoeld in lid 6 wordt afgeweken (art. 2:216 lid 8 BW) en een statutenwijziging waarbij aan certificaathouders vergaderrechten worden ontnomen (art. 2:227 lid 4 BW).
- 17 De unanimiteitseis zien wij onder meer bij wijzigingen van aan de aandelen verbonden stemrechten waarbij van de hoofdregel omtrent het aan aandelen verbonden stemrecht wordt afgeweken (art. 2:228 lid 4 BW), bij de statutenwijziging waarbij een vergaderplaats buiten Nederland wordt aangewezen (art. 226 lid 2 BW) en bij de wijziging van een bepaling in de statuten die de wijziging van een of meer andere bepalingen uitsluit (art. 231 lid 3 BW).
- 18 Het vereiste van een goedkeurend besluit zien wij in het geval dat een statutenwijziging specifiek afbreuk doet aan rechten van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (art. 2:231 lid 4 BW) alsook bij een besluit tot vermindering van het bedrag van de aandelen in geval er verschillende soorten aandelen zijn, in welk geval een goedkeurend besluit nodig is van elke groep van houders van aandelen waaraan de 'omzetting' afbreuk doet (art. 2:231a lid 1 BW).
- 19 De vrijstelling voor de aandeelhouder die niet instemt, zien wij onder meer terug bij de statutenwijziging waarbij verplichtingen van verbintenrechtelijke aard, kwaliteitseisen of aanbiedingsverplichtingen worden opgelegd (art. 2:192 lid 1 BW) of waarbij een afwijkende prijsbepalingsregeling wordt ingevoerd (art. 2:192 lid 3 BW jo. art. 2:192a BW). Voor de aandeelhouders die niet met de desbetreffende statutenwijziging hebben ingestemd, gaat de wijziging niet gelden. De desbetreffende statutaire regeling kan niet tegen hen worden ingeroepen. Bij overdracht van de aandelen is de nieuwe aandeelhouder echter wel aan de verplichting gebonden. Voorts kan een afwijkende prijsbepalingsregeling aan een aandeelhouder, niet tegen zijn wil worden opgelegd (art. 2:195 lid 4 BW).

benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen. Voorts behelst het een principieel andere regeling van de kapitaalbescherming en de rol van het bestuur daarin. Ach, het had op punten anders gekund. De tijd van omzien en verzuchten hoe het allemaal nog veel mooier zou hebben kunnen zijn ligt achter ons. Laten wij de blik vooruit werpen. De tijd om modelstatuten in diverse varianten te gaan ontwerpen is aangebroken. Ik moet bekennen dat mijn handen jeuken om met de flex-bv aan de gang te gaan. Het notariaat heeft een prominente rol bij het inrichten van statuten. Te hopen is dat notarissen de druk kunnen weerstaan om afbraaktarieven te gaan hanteren voor wat meer dan ooit maatwerk is.

Met de nieuwe bv hebben we toch wel iets moois in handen. Een topmodel met (bijna) alle opties.

Het wetsvoorstel ligt thans voor aan de Eerste Kamer. Het is niet onmogelijk dat het voorstel nog wijziging zal ondergaan. Invoering van de flexibiliseringswetgeving is vermoedelijk niet te verwachten voor 1 januari 2011. Hopelijk zullen de recente politieke ontwikkelingen niet tot vertraging leiden. Tijdens haar vergadering van 2 februari 2010 heeft de Eerste Kamercommissie voor Justitie het voorbereidend onderzoek, dat gepland stond voor 2 maart 2010, opgeschort. Over het overgangsrecht is nog niets bekend. Dit zal zijn opgenomen in de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht. Ten aanzien van dit wetsvoorstel, dat tot op heden binnenskamers is gebleven, heeft de Raad van State op 21 december 2009 advies uitgebracht. Niet ondenkbaar is dat de invoering van de flexibiliseringswetgeving gecombineerd zal worden met invoering van het wetsvoorstel omtrent de *one-tier board* en het tegenstrijdig belang. Dan hebben we toch wel iets moois in handen met die nieuwe bv. Om het in autotermen uit te drukken: een topmodel met (bijna) alle opties.

Over de auteur

Mr. Paul H.N. Quist is notaris bij Stibbe N.V. te Amsterdam.