

I

PAO-Cursus Radboud Universiteit Nijmegen & de UNA

Flexibel Nederlands Vennootschapsrecht

“Het Nederlands Caribische Perspectief”

Maandag 11 februari 2008 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.45 – 20.30 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@Spigthoff.com. In *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Antillen.

II

Er bestaat in de praktijk en in de wetenschap al geruime tijd de wens om tot een flexibele vennootschapsvorm te komen. Nu ligt er dan eindelijk een voorstel van wet tot aanpassing van het Nederlandse Boek 2 BW-NL, in het bijzonder van de regeling van de besloten vennootschap.

Waarom wordt de BV-regeling eigenlijk aangepast? De MvT noemt een aantal redenen:

- De regels moeten eenvoudiger worden. Daar kan niemand natuurlijk iets tegen hebben. We moeten nog maar zien of de wetgever op dit punt in voldoende mate is geslaagd. Het door Prof. Van Schilfgaarde besproken artikel 2:216 van het Ontwerp, bijvoorbeeld, blinkt uit in alles behalve eenvoud en duidelijkheid.

- De regels moeten flexibeler worden. Flexibiliteit is echter niet een eenduidig begrip. Wat bedoelt de wetgever eigenlijk? Minder dwingend recht? Meer keuzemogelijkheden? Een vrijere interpretatie van de regels? De flexibiliteit moet in ieder geval zodanig zijn dat de 'nieuwe' BV met evenveel gemak voor een (internationale) *joint-venture* als voor een familiebedrijf kan worden gebruikt.
- De regels moeten aansluiten op de wensen in de praktijk. Er zijn in dat verband niet alleen uitvoerige (mede rechtsvergelijkende) rapporten opgesteld, maar er heeft ook een breed opgezette consultatie plaatsgevonden.
- De BV moet een rechtsvorm worden die in internationaal verband meer concurrerend is. Meestal wordt de Delaware LLC (*Limited Liability Company*) genoemd als een toonbeeld van flexibiliteit, maar ook dichterbij huis (althans voor degenen die in Europa woonachtig zijn) zijn alleraardigste flex-vennootschapjes te vinden of in voorbereiding: Verenigd Koninkrijk (*Private Limited Company*), Duitsland (*GmbH*), Spanje (*Sociedad Limitada Nueva Empresa*), Frankrijk (*Société par Actions Simplifiée*; sinds 1994), Zweden en Finland. Nederland is wat dat betreft niet echt een koploper te noemen; de Nederlandse Antillen (waar de flexibele BV al op 1 januari 2000 werd ingevoerd) uiteraard wel.
- Oplossen knelpunten en onduidelijkheden, maar ook het afschaffen van regels die onnodig belemmerend of ineffectief zijn. Zo wordt bijvoorbeeld het minimumkapitaal afgeschaft, evenals de bankverklaring en de accountantsverklaring bij respectievelijk storting in geld en inbreng in natura.

III

Wat betekent flexibiliteit?

- Je gemakkelijk kunnen aanpassen. Daarbij gaat het om een menselijke eigenschap. Denk hier met name aan een groot aanpassingsvermogen.
- Snel kunnen schakelen. Dat hangt eigenlijk samen met het vorige punt. Ook hier gaat het om een menselijke eigenschap. Als je geconfronteerd wordt met opeenvolgende veranderingen in je functie, dan ben je flexibel als je probleemloos kunt overschakelen op je nieuwe taken. Dat in tegenstelling tot degene die gaat morren en protesteren, of alleen maar angstvallig meegaand is.
- Dat je meer te kiezen hebt (werktijden of vormgeving BV). Hier gaat het om flexibiliteit die niet zozeer met een persoon samenhangt, maar meer met diversiteit van 'aanbod'. Voorbeeld: de werkgever die de ruimte creëert voor zijn werknemers om in belangrijke mate zelf hun werktijden of hun werkplek (thuiswerken) te bepalen. En vandaag voor ons meer van belang: de wetgever die een set regels ontwerpt die – tot op zekere hoogte - de gebruikers daarvan in de gelegenheid stelt om te kiezen welke regels zij willen gebruiken en welke niet. Dat lijkt een beetje op het onderscheid tussen regulering (primaat ligt bij de wetgever) en zelfregulering (primaat ligt bij de private sector).
- Ruimte voor vernieuwing. Dat betekent als het om wet- en regelgeving gaat, vooral weinig dwingende regels. Immers, voorschriften met een dwingend karakter geven per definitie niet de ruimte om daarvan af te wijken. Alleen daar waar een 'vrije' ruimte wordt gelaten, noem het een 'speelveld', kan creativiteit zijn werk doen. Alleen dan kun je eenvoudig, dus zonder een wetwijziging bijvoorbeeld, oplossingen bedenken voor

nieuwe situaties. Wat dat betreft is het jammer dat de wetgever nog steeds kiest voor het uitgangspunt dat het recht “*dwingend is, tenzij...*” en dat lijkt mij principieel een onjuist uitgangspunt.

IV

Wat zijn mogelijke gevolgen van flexibel vennootschapsrecht?

- Andere verdeling van taken en verantwoordelijkheden: Als de wetgever dwingend voorschrijft hoe vennootschappen moeten worden ingericht en vormgegeven, en hoe de interne en externe taken en verantwoordelijkheden (en dus aansprakelijkheden) verdeeld zijn, dan hoeven de gebruikers van die regels daar niet verder over na te denken. Als inrichting, vormgeving en verdeling van taken en verantwoordelijkheden in zekere of belangrijke mate worden overgelaten aan de wensen van de gebruikers, dan zullen die dus daarbij zelf moeten stilstaan. Zij ontberen als het ware de warme deken van de wetgever.
- Dat houdt tevens in dat meer denkwerk en initiatief wordt verwacht van de notaris of advocaat die betrokken is bij het oprichten en vormgeven van een vennootschap of samenwerkingsverband van vennootschappen.
- Het zoeken naar de juiste balans: Dat is met name van belang voor de wetgever die flexibele wetgeving ontwerpt. De wetgever moet een scherp beeld hebben van de belangen die bescherming behoeven. En zich daarbij de vraag stellen of die belangen in voldoende mate worden beschermd wanneer de regels flexibeler worden. De wetgever zal zich dus een aantal zeer concrete vragen moeten stellen. Bijvoorbeeld, of, en in welke mate en in welke vorm bescherming van crediteuren of van minder-

heidsaandeelhouders nodig is. De wetgever zal dat 'publieke belang' naar mijn mening moeten beargumenteren: voor iedere bepaling van dwingend recht moet een overtuigende rechtvaardiging bestaan. Een dergelijke rechtvaardiging kan bijvoorbeeld daaruit bestaan dat niet in alle gevallen verwacht mag worden dat meerderheidsaandeelhouders zich de belangen van een minderheid in voldoende mate zullen aantrekken (de rechtspraak geeft daar ook voorbeelden van), of dat op een bepaald terrein het beginsel van de rechtszekerheid een zekere uniformiteit eist met als gevolg dat voor minder flexibiliteit wordt gekozen. Het komt wat betreft die balans bij de BV dus aan op een rechtsvorm die zoveel mogelijk 'bruikbaar' en 'betrouwbaar' is voor de daarbij betrokken partijen.

V

De belangrijkste wijzigingen in Boek 2 BW-NL (I):

- Afschaffing minimumkapitaal van EUR 18.000. Eindelijk! De verwachting is dat het hierdoor makkelijker wordt voor kleine starters om te kiezen voor een rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid. Het moet dan wel om heel kleine starters gaan, want doorgaans is wel meer dan dit bedrag nodig om een onderneming te starten. Belangrijker is de principiële kant, namelijk dat het minimumkapitaal van oorsprong was bedoeld als een crediteurenbeschermend voorschrift, terwijl het in de praktijk niet meer dan een wassen neus is gebleken.
- Afschaffing van het preventief toezicht. De ministeriële verklaring van geen bezwaar bij oprichting (antecedentenonderzoek) komt te vervallen (art. 2:179 BW-NL), evenals de verklaring bij statutenwijziging (die alleen wordt geweigerd als de statutenwijziging ertoe zou kunnen leiden dat de vennootschap een verboden karakter zou krijgen of voor ongeoorloofde

doeleinden zou worden gebruikt; art. 2:235 BW-NL). Dit wordt overigens in een separaat voorstel van wet geregeld.

- Afschaffing van het beruchte artikel 2:207c BW-NL. Dat artikel bevat, kort gezegd, een verbod op financiële steunverlening door een vennootschap (of haar dochters) aan een derde, of het stellen van zekerheid voor een schuld van een derde, teneinde deze derde daarmee in staat te stellen (certificaten van) aandelen te verwerven in het kapitaal van de vennootschap. De vennootschap mag wel een lening aan zo'n derde verstrekken, maar die mag niet hoger zijn dan het bedrag van de uitkeerbare reserves en slechts voor zover de statuten dit toestaan. In de praktijk is veel tijd en energie gestoken in constructies om dit hinderlijke verbod te omzeilen.
- Crediteurenbescherming door invoering uitkeringstest: Daar weet u inmiddels alles van na de bijdrage van Prof. Van Schilfgaarde. Het is maar zeer de vraag of de nieuwe regeling daadwerkelijk de beoogde bescherming biedt; ik betwijfel dat.
- Afschaffing verplichte blokkering van overdraagbaarheid aandelen: In de huidige regeling van de Nederlandse BV moeten de statuten verplicht een goedkeurings- dan wel een aanbiedingsblokkade bevatten. In de nieuwe regeling geldt een aanbiedingsplicht aan mede-aandeelhouders ingeval een aandeelhouder één of meer van zijn aandelen wil vervreemden, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:195 lid 1 Ontwerp). De statuten kunnen straks dus bepalen dat aandelen in een BV vrij overdraagbaar zijn.
- Vergaderrecht van certificaathouders (art. 2:227 Ontwerp). U kent het debat onder het huidige Nederlandse recht over vergaderrechten en met name de vraag wanneer certificaten van aandelen bewilligd zijn. Aan dat debat komt nu een einde.

Het vergaderrecht komt toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden, waarbij het kan gaan om bepaalde in de statuten aangeduide certificaten. De statuten kunnen bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrecht aan certificaten geschiedt door een in de statuten aan te wijzen orgaan (MvT, p. 82). Als aan de certificaten de vergaderrechten worden ontnomen door een statutenwijziging dan is instemming van de certificaathouders vereist.

Als dit 'afnemen' geschiedt door middel van een besluit door een daartoe aangewezen orgaan is dat niet zeker, althans niet als naar de letterlijke tekst van het ontwerp wordt gekeken, maar ik sluit niet uit dat het hier een omissie betreft. Er is echter ook wat voor te zeggen dat een onderscheid hier wel op zijn plaats is. Als de statuten immers een orgaan aanwijzen dat bevoegd is de vergaderrechten te ontnemen, dan weet een certificaathouder van stonde af aan dat hij daarmee rekening moet houden. Extra bescherming ligt dan niet direct voor de hand. Maar anderzijds geldt dat iedere certificaathouder (en aandeelhouder) evenzeer van stonde af aan weet dat ook statuten kunnen worden gewijzigd.

Denk in dat verband aan het Tonnema arrest (NJ 1991, 645). Daaruit blijkt dat een besluit tot statutenwijziging dat ten nadele van een aandeelhouder werkt, bijvoorbeeld het vervangen van een aanbiedingsregeling door een goedkeuringsregeling inzake de overdracht van aandelen, niet reeds op die grond vernietigbaar is. Daarvoor is vereist dat er ten minste sprake is van bijzondere omstandigheden én van een onredelijke benadeling. Er is dus voor beide varianten wel iets te zeggen.

VI

De belangrijkste wijzigingen in Boek 2 BW-NL (II):

- Mogelijkheid van verschillende statutaire blokkeringsvormen (art. 2:195 lid 4 Ontwerp). Er kan straks een grote variëteit aan blokkeringsregelingen ontstaan: *tailor-made* als het ware.
- Verruiming mogelijkheden besluitvorming buiten vergadering (art. 2:238 lid 1 Ontwerp)

Er is niet langer een statutaire regeling vereist om buiten vergadering te mogen besluiten. Wel is vereist dat alle vergadergerechtigden daarmee instemmen, maar dat hoeft niet schriftelijk te gebeuren. Degene die tegen het voorstel is en die zijn tegenstem wil toelichten, zal dus niet instemmen met besluitvorming buiten vergadering, zodat een gewone vergadering bijeen moet worden geroepen. In de praktijk kan dit instrument uiteraard evenzeer wordt gebruikt om besluitvorming enigszins te traineren.

Belangrijker is dat voor besluitvorming buiten vergadering niet langer het vereiste van unanimiteit zal gelden. Dat vereiste leidt er immers toe dat reeds aan de kleinst denkbare minderheid in feite een vetorecht toekomt.

Besluitvorming buiten vergadering wordt ook mogelijk als er andere vergadergerechtigden zijn, zoals houders van certificaten of pandhouders, zij het dat ook zij dan zullen moeten instemmen met besluitvorming buiten vergadering.

Een mooie vernieuwing is dat, tenzij de statuten anders bepalen, stemmen ook langs elektronische weg kunnen worden uitgebracht, terwijl ook

de instemming met deze wijze van besluitvorming langs elektronische weg mag plaatsvinden. Stemmen door middel van een SMSje dus.

Helaas is de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen bij besluitvorming buiten vergadering wettelijk verankerd, omdat zij voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid moeten worden gesteld om advies uit te brengen (art. 2:238 lid 1 Ontwerp). Ik zou er geen probleem mee hebben gehad om die raadgevende stem te schrappen, of de mogelijkheid te bieden, zoals in de Nederlandse Antillen (art. 2:132 lid 4 BW-NA), om die raadgevende stem statutair uit te sluiten [waarbij in de Nederlandse Antillen die raadgevende stem ook terzake van de algemene vergadering mag worden uitgesloten]. Waarom zou je die raadgevende stem verplicht stellen als daaraan geen behoefte bestaat, terwijl op het niet-naleven van die verplichting de sanctie van vernietigbaarheid van het besluit staat? De flexibiliteit, ik dacht één van de belangrijkste nagestreefde doelen, wordt er in ieder geval niet door bevorderd.

Het gaat ook maar om een 'raadgevende' stem: die raad hoeft sowieso niet te worden opgevolgd. De gedachte van de wetgever is echter dat degenen die bij uitstek over het belang van de vennootschap waken, de bestuurders en commissarissen, niet geheel buiten spel mogen worden gezet. Een rechtspolitieke keuze dus, waarbij wat mij betreft vraagtekens mogen worden geplaatst.

- Invoering stemrechtloze of winstrechtloze aandelen (waarover professor Gerard van Solinge nog komt te spreken). Stemrechtloze aandelen, waaraan wel alle andere aandeelhoudersrechten zijn verbonden (zoals het vergader- en winstrecht), kunnen wenselijk zijn in het kader van werknemersparticipaties of wanneer aandelen aan kredietverstrekkers worden toegekend. Het is ook internationaal een gebruikelijke figuur.

- Invoering flexibele verdeling stemrecht

De hoofdregel dat het stemrecht de nominale waarde van de aandelen volgt, blijft bestaan, maar in de statuten kunnen afwijkende regelingen worden opgenomen. Er is van alles mogelijk en voor verschillende soorten besluiten mogen ook verschillende regelingen gelden.

- Regeling benoeming bestuurders en commissarissen

Onder de nieuwe regeling is niet uitsluitend de algemene vergadering bevoegd tot benoeming, maar kan ten aanzien van een of meer bestuurders die bevoegdheid ook worden toegekend aan de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (art. 2:242 Ontwerp). Terzijde: op de structuur BV is deze regeling niet van toepassing.

Benoeming door een derde (een niet-orgaan) is onder de nieuwe regeling niet mogelijk. Benoeming door de RvC evenmin, terwijl er geen goede reden is te bedenken om die mogelijkheid niet op te nemen.

Als de benoemingsbevoegdheid is gekoppeld aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, dan moet de statutaire regeling zo zijn dat iedere aandeelhouder met stemrecht moet kunnen deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Maar waarom eigenlijk? Volgens de MvT (p. 91) gaat het om een essentieel aan de aandeelhouders toekomend recht. Waarom dat een essentieel recht is wordt niet duidelijk. Maar kennelijk niet zó essentieel dat de wetgever zich verzet tegen stemrechtloze aandelen.

Hier raken we de kern van de problemen waar je in ieder veranderingsproces tegenaan loopt: er worden dogma's geponeerd zonder dat die inhoudelijk en kritisch tegen het licht zijn gehouden en velen – en daar betrap ik mij zelf ook nog steeds op – blijven tot op zekere hoogte vastzitten aan gedachten en oordelen die ze al jaren en soms zelfs al decennia hebben. Ik kom daar nog op terug. Wat hiervan ook zij, het gaat hier om een beperking waarvoor geen echte rechtvaardiging bestaat en die dus zou dienen te vervallen.

- Verbetering wettelijke geschillenregeling (zie J. Roest, *Geschillenregeling*, WPNR 2007/6731, p. 959-965). De procedure is korter geworden: na het vonnis inhoudende dat de vordering toewijsbaar is, wordt aanstonds doorgeprocedeerd over de prijs, zonder dat tussentijds hoger beroep mogelijk is. Als de prijs is vastgesteld kan de overdracht en betaling van de prijs uitvoerbaar bij voorraad worden toegewezen. Ook wordt het instellen van nevenvorderingen in de procedure mogelijk, zodat de rechter ook met deze procedure samenhangende geschillen kan beslechten. Bovendien kan de uittreedvordering straks ook tegen de vennootschap zelf worden ingesteld, zowel op grond van gedragingen van de vennootschap als op grond van gedragingen van medeaandeelhouders. En blijkens artikel 2:337 lid 2 van het Ontwerp kunnen de statuten ook in een arbitrale geschillenregeling voorzien of kan worden bepaald dat deze geschillen dadelijk aan de Ondernemingskamer ter kennis kunnen worden gebracht.

VII

Hoe is de minderheidsbescherming straks in Boek 2 BW-NL geregeld? Meer flexibiliteit betekent immers ook aandacht voor belangen die bescherming behoeven.

- Nog steeds: redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW-NL. Een rechtspersoon en iedereen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie is betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
- Nog steeds: vernietiging besluiten ex artikel 2:15 BW-NL, bijvoorbeeld omdat deze in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid bedoeld in artikel 2:8 BW-NL. Hier kan in de eerste plaats worden gedacht aan door de meerderheid genomen onredelijke besluiten waarmee de minderheid zich niet kan verenigen. Het meest bekende voorbeeld is het besluit om geen of een zeer beperkt dividend uit te keren, enkel en alleen om de minderheid 'uit te hongeren'. Een dergelijk besluit kan ter vernietiging worden voorgedragen bij (uitsluitend) de rechter van de woonplaats van de vennootschap
- Nog steeds: het enquêterecht ex artikel 2:344 e.v. BW-NL. Daar zal Prof. Van Solinge aandacht aan schenken.
- Nieuw: (besluitvorming over) tijdelijke uitsluiting overdraagbaarheid. Artikel 2:195 lid 3 Ontwerp voorziet in de mogelijkheid om de overdraagbaarheid van aandelen bij de statuten voor een paalde termijn uit te sluiten. Zo kunnen oprichters het wenselijk vinden om zich gedurende een bepaalde periode aan elkaar te verbinden: samen uit, samen thuis. Een dergelijke beperking van de overdraagbaarheid wordt veelal in aandeelhoudersovereenkomsten opgenomen, maar in Nederland bestaat er al jaar en dag discussie over de rechtsgeldigheid daarvan. Daarom biedt de wetgever thans de mogelijkheid om een dergelijke regeling in de statuten op te nemen. Een besluit tot een zodanige statutenwijziging kan alleen met algemene stemmen (dus unaniem) tot stand komen, omdat het hier gaat om een besluit met ingrijpende gevolgen voor alle aandeelhouders. Er is dus ook instemming vereist van de kleinst denkbare minderheid.

- Nieuw: (besluitvorming over) wijziging in stemrechtverdeling. Artikel 2:228 lid 4 Ontwerp voorziet in flexibel stemrecht. Het uitgangspunt van de wet is dat het stemrecht zich op basis van evenredigheid verhoudt tot de nominale waarde van de aandelen. Hiervan kan in de statuten worden afgeweken, bijvoorbeeld door aan een aandeel meer stemmen toe te kennen (meervoudig stemrecht), al dan niet ten aanzien van bepaalde besluiten, of juist ten aanzien van bepaalde besluiten te bepalen dat aan bepaalde aandelen géén stemrecht toekomt. Een besluit tot statutenwijziging dat een wijziging in het stemrecht betreft, kan slechts met algemene stemmen (unaniem) worden genomen in een aandeelhoudersvergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.
- Nieuw: vereiste instemming aandeelhouder statutaire prijsbepalingen. De wet voorziet in een aanbiedingsplicht (tenzij de statuten anders bepalen) en in een statutaire tijdelijke uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen, maar laat blijkens artikel 2:195 lid 4 Ontwerp ook andere statutaire beperkingen van de overdraagbaarheid toe. Een voorwaarde is dan wel, dat zo'n regeling zodanig moet zijn dat een aandeelhouder die zijn aandelen wil overdragen, indien hij dit verlangt, een prijs ontvangt gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen. Hiervan mag bij de statuten worden afgeweken, maar een dergelijke afwijkende regeling kan aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden opgelegd.

Een dergelijke statutenwijziging kan dus tot stand komen zonder instemming van deze aandeelhouder, maar hij hoeft deze prijsregeling niet tegen zijn wil te accepteren. Dat is een hem persoonlijk toekomend recht (zie ook artt. 2:195a lid 1 en 2:195b lid 5 Ontwerp). Draagt hij echter zijn aandelen over, dan geldt de statutaire regeling wel voor de opvolgend aandeelhouder (MvT, TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 4).

- Oud & Nieuw: gestroomlijnde geschillenregeling: een minderheidsaandeelhouder heeft een uittreedrecht indien het voortduren van zijn aandeelhouderschap (bijvoorbeeld als gevolg van een statutenwijziging) in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.

VIII

Wat is niet in het ontwerp opgenomen?

- De aandeelhouder-bestuurde BV. Die kennen we in de Nederlandse Antillen wel. De aandeelhouderbestuurde BV heeft geen bestuur. De gezamenlijke aandeelhouders fungeren als bestuurders. De formaliteiten van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders zijn verdwenen. Het verschil tussen aandeelhoudersvergadering en bestuursvergadering is in beginsel vervallen. De algemene vergadering neemt alle beslissingen aangaande het bestuur (art. 2:240 lid 3 BW-NA). De aandeelhouders kunnen de wijze waarop de vennootschap door hen zal worden bestuurd, hun onderling afgesproken taakverdeling en beloning en de wijze van totstandkoming van bestuursbeslissingen nader vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst.

De belangrijkste reden om deze rechtsvorm niet in Nederland te introduceren is, dat het aanvaarden daarvan een zekere spanning oplevert met de algemeen aanvaarde gedachte dat het bestuur het vennootschappelijk belang moet dienen, terwijl de aandeelhouder primair zijn eigen belang mag dienen. Ik zie die spanning niet.

Sterker nog, de aandeelhouderbestuurde vennootschap zou voor de eenpersoonsvennootschap eigenlijk het normaaltype moeten zijn. Waarom zou de enig bestuurder die tevens enig aandeelhouder is, in verschillende

hoedanigheden besluiten moeten nemen, terwijl het om één en dezelfde persoon gaat? Dient hij met de ene pet op het vennootschapsbelang en met de andere pet op zijn eigen belang? Welk rechtsvorm levert nu meer spanning op, vraag ik mij dan af?

Maar ook wanneer er slechts enkele aandeelhouders zijn, die allemaal tevens bestuurder zijn, ligt het voor de hand om de besluitvorming zoveel mogelijk in één gremium (in één orgaan) te concentreren. Waarom zou je iedereen verplicht twee petten geven? De wetgever houdt te krampachtig vast aan het beginsel van 'dualisme': ook zo'n dogma dat velen maar niet kunnen loslaten.

Wanneer iemand niet actief bij de activiteiten van de vennootschap betrokken wil zijn, of niet bij de besluitvorming met betrekking tot die activiteiten, maar alleen de rol van aandeelhouder wil vervullen, ligt het weer minder voor de hand om deze rechtsvorm te kiezen. De belangen die het bestuur moet behartigen (verdedigen), zijn immers niet per definitie dezelfde belangen als die welke een aandeelhouder nastreeft.

De toetsing van besluiten bij de aandeelhouderbestuurde vennootschap is ook geen andere dan bij de gewone BV. Dus daarin komt die veronderstelde spanning niet tot uitdrukking. Wat mij betreft is het niet invoeren van deze rechtsvorm een gemiste kans. Temeer, omdat één van de uitgangspunten van de Nederlandse wetgever is dat de nieuwe BV internationaal beter moet kunnen concurreren dan de bestaande BV. Aangezien de aandeelhouderbestuurde BV is geïnspireerd door de Amerikaanse '*member-managed limited liability company*', lag hier voor Nederland een unieke kans om de compatibiliteit met het Amerikaanse rechtssysteem te vergroten en de Nederlandse BV dus ook voor Amerikanen (nog) aantrekkelijker te maken.

Tenslotte zou invoering van de aandeelhouderbestuurde vennootschap in Nederland, zeker in combinatie met de mogelijkheid dat de statuten bepaalde verbintenisrechtelijke verplichtingen aan het aandeelhouderschap kan verbinden (art. 2:192 Ontwerp), invoering van de nieuwe wetgeving inzake de personenvennootschappen overbodig kunnen maken. Gezien de complexiteit van dat wetsvoorstel en de discussies die daarover nog in literatuur en rechtspraak gevoerd zullen worden, mogen we in de Nederlandse Antillen alleen maar hopen dat de bestaande regeling inzake de personenvennootschap hier nog jaren van kracht zal blijven.

- Het monistisch bestuursmodel – de *one-tier board* – is ook niet in het Ontwerp opgenomen. In de MvT wordt opgemerkt dat hieraan mogelijk wel behoefte bestaat en dat, als alsnog voor dit model wordt gekozen, de invoering daarvan via een separaat wetsvoorstel zal plaatsvinden.

In een brief van 12 november 2007 laat de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer weten dat een wetsvoorstel betreffende de verhouding en de inrichting van bestuur en toezicht bij grote ondernemingen al enige tijd in voorbereiding is. Het wetsvoorstel moet een regeling geven voor het opnemen van uitvoerende bestuurders en toezichthoudende bestuurders in één vennootschapsorgaan. Dat biedt, aldus de Minister, een heldere wettelijke basis voor de inrichting van het bestuur en toezicht volgens zowel het dualistische als het monistische model. De bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV kan daarmee voor zowel het nationale als internationale bedrijfsleven worden vergroot. De Minister heeft het alleen over de NV en noemt de BV niet, terwijl de MvT (p. 11) de BV wel met zoveel woorden noemde. Er is in ieder geval geen enkele reden om het monistisch bestuursmodel niet ook voor de BV in te voeren.

- De regeling van de doeloverschrijding (art. 2:7 BW-NL) is niet aangepast. Ook dat is jammer, want het is een bekend knelpunt. De huidige wet

bepaalt dat een rechtshandeling vernietigbaar is, indien daardoor het doel van de rechtspersoon werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten. Alleen de rechtspersoon zelf kan zich op deze vernietiging beroepen. Doeloverschrijding heeft dus geen externe werking, tenzij de wederpartij niet te goeder trouw was. Het beroep op vernietiging verjaart pas na 3 jaar (art. 3:52 lid 1 BW-NL), terwijl in de Nederlandse Antillen een vervaltermijn geldt van 6 maanden (art. 2:13 lid 3 BW-NA).

Dit onderwerp leidt in de (opinie)praktijk tot veel vragen. Immers, niet iedere handeling die expliciet in de doelomschrijving wordt vermeld is geoorloofd en niet iedere handeling die daar niet onder valt is verboden. Het gaat steeds om de vraag naar het vennootschappelijk belang.

Ik zou menen dat heeft te gelden dat een handeling niet onder het doel van de rechtspersoon valt, wanneer deze niet in het *belang van de rechtspersoon* (en de eventueel met hem verbonden onderneming) is, ongeacht of deze handeling al dan niet (expliciet) in de doelomschrijving staat vermeld. Anders gezegd: handelingen die een disproportionele verwaarlozing van het belang van de rechtspersoon meebrengen zijn niet geoorloofd. Maar juist dat is, met name in internationale verhoudingen, voor derden zo moeilijk vast te stellen, terwijl onzekerheid wordt gecreëerd doordat derden vooraf niet weten wat zij 'zonder onderzoek hadden moeten weten'. Dat laatste vraagt immers om een interpretatie van de bij de derden bekende feiten.

Derden worden hier dus lastiggevallen met een naar zijn aard interne problematiek (H.J. Portengen, *Interne verhoudingen – flex BV*, WPNR 2007/6731, p. 941). De MvT zwijgt op dit punt. Een gemiste kans. Op zijn minst had de wetgever de bepaling kunnen opnemen dat het de BV (en wat mij betreft ook de andere rechtspersonen) is toegestaan om in de

statuten te bepalen dat een beroep op doeloverschrijding is uitgesloten, gelijk dat in de Nederlandse Antillen in de wet is opgenomen.

Dat de statuten een beroep op de externe werking van doeloverschrijding kunnen uitsluiten lijkt op het eerste gezicht wat merkwaardig, en naar Nederlands recht wordt wel verdedigd dat de rechtspersoon geen afstand kan doen van zijn recht op vernietiging, omdat deze rechtshandeling zelf weer in strijd zou zijn met het doel, maar dat is bij nader inzien toch niet juist. De ratio van de wettelijke regeling is immers de bescherming van de rechtspersoon: alleen de rechtspersoon kan de vernietiging inroepen. Waarom zou de rechtspersoon dan niet op voorhand middels zijn statuten afstand van die bevoegdheid kunnen doen, waarmee hij derden laat weten dat hij in ieder geval niet langs die weg zal pogen een rechtshandeling te vernietigen? De wetgever behoeft een mondige deelnemer aan het economische verkeer toch niet verdergaand te beschermen dan die deelnemer zelf nodig acht?

- De regeling inzake het tegenstrijdig belang (art. 2:146 / 2:256 BW-NL) is ook niet aangepast. Ook hier betreft het een knelpunt vanwege de gevolgen voor de externe vertegenwoordiging. Het zou goed geweest zijn als de wetgever bijvoorbeeld rechtshandelingen waarbij een bestuurder of commissaris betrokken is aan de goedkeuring van de algemene vergadering zou hebben onderworpen, maar aan het ontbreken van die goedkeuring alleen interne gevolgen zou hebben verbonden, of de mogelijkheid zou hebben gecreëerd om statutair te bepalen dat in dergelijke gevallen van tegenstrijdig belang in het geheel geen goedkeuring van enig orgaan is vereist.
- In het wetsvoorstel wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomsten: overeenkomsten zijn enkel van kracht tussen partijen, terwijl statuten (kenbaar uit het handelsregister)

huidige en opvolgende aandeelhouders binden en derden daarvan kennis kunnen nemen. Een aandelenoverdracht in strijd met de statuten is nietig (de statuten leveren dus een goederenrechtelijke blokkade op), maar is de overdracht in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst dan levert dat 'slechts' wanprestatie op.

Een verwijzing naar een aandeelhoudersovereenkomst in de statuten (*incorporation by reference*) is niet toegestaan. Anders gezegd: aan een aandeelhoudersovereenkomst kan geen vennootschappelijke werking worden toegekend; een overeenkomst kan dus niet een met statuten vergelijkbare status verwerven. Dat is onder meer jammer voor bijvoorbeeld stemovereenkomsten, waarbij een aandeelhouder zich verplicht om (al dan niet in bepaalde gevallen) te stemmen overeenkomstig een steminstructie van bijvoorbeeld een medeaandeelhouder.

Naar mijn mening is het (gevallen van misbruik daargelaten) aan de aandeelhouder hoe hij van zijn stemrecht gebruik wil maken en of hij zich op voorhand wil verbinden tot het op een bepaalde wijze uitbrengen van zijn stem. Dan heeft het de voorkeur dat een stem die in strijd daarmee is uitgebracht aantastbaar is en dit niet slechts wanprestatie oplevert. De wetgever zou er goed aan doen de beschouwingen van J.M. Blanco Fernández hierover nog eens goed te lezen (*Rechtmatigheidsgrenzen van stemovereenkomsten*, WPNR 2005/6626, p. 514-520).

In de Nederlandse Antillen is dit anders (art. 2:21 lid 3 onder d / 2:227 lid 2 BW-NA). Vereist is dan wel dat alle aandeelhouders én de vennootschap bij de aandeelhoudersovereenkomst partij zijn. Van een besluit van een orgaan van de vennootschap dat met een *dergelijke* overeenkomst in strijd is, kan door iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van het geschonden voorschrift vernietiging worden gevorderd. De vordering tot vernietiging kan dus ook worden ingesteld door iemand die geen partij

is bij de overeenkomst. De overeenkomst kan ook tegen derden worden ingeroepen. Het lijkt in dit verband verstandig om in de statuten op te nemen dat een dergelijke aandeelhoudersovereenkomst kan bestaan. Statuten liggen immers bij het handelsregister voor derden ter inzage, maar een dergelijke overeenkomst zelf niet. Een derde kan zich er moeilijk op beroepen geen wetenschap van het mogelijk bestaan van een dergelijke overeenkomst te hebben indien de statuten uitdrukkelijk van die mogelijkheid melding maken. Op de derde rust in dat geval dan ook een onderzoeksplicht.

Wat Nederland betreft gloort er enige hoop. De Minister van Justitie heeft op 18 januari 2008 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd, waarin hij het eindrapport van prof. mr. M. van Olfen en mr. J.M. Blanco Fernández aanbiedt, een onderzoek naar de kenmerken en het gebruik van Amerikaanse *Limited Liability Partnerships* en *Limited Liability Companies*, alsmede de reactie van het kabinet daarop. In de allerlaatste alinea van de kabinetsreactie geeft het kabinet aan dat nader onderzoek zal worden gedaan in hoeverre voor BV's de mogelijkheid kan worden geboden om bepaalde interne afspraken buiten de statuten vast te leggen.

- De nominale waarde van aandelen blijft gehandhaafd. Dat was niet nodig geweest. De nominale waarde is een handig hulpmiddel bij het vaststellen van aandeelhoudersrechten, maar geen noodzakelijk hulpmiddel. Men had ook kunnen bepalen dat aandelen zonder nominale waarde mogelijk zijn op voorwaarde dat de statuten een regeling bevatten inzake met name stemrecht en winstrecht, althans voor de aandelen waaraan dergelijke rechten toekomen. Natuurlijk is het zo dat als de wet de mogelijkheid biedt om aandelen zonder nominale waarde uit te geven, er van geval tot geval over nagedacht moet worden of daarvan gebruik zal worden gemaakt. Soms is het juist wenselijk om wel een nominale waarde te gebruiken, bijvoorbeeld bij een beursnotering.

Volgens de MvT (p. 23) zou het wetgevingstraject mogelijk worden vertraagd als deze mogelijkheid thans reeds zou worden overwogen. Ik snap dat niet. De Nederlandse Antillen kennen al een adequate regeling op dit punt, waarin ook het vraagstuk van storting en bijstorting op aandelen is geregeld. Zo moeilijk is het toch niet om die over te schrijven?! Toegegeven: het is een jonge regeling en Nederland is niet zo happig op het toelaten van Antilliaanse jongeren.

IX

Waarom is de Nederlands Antilliaanse BV niet (met enige aanpassingen) gekopieerd?

Blijkens de MvT heeft de Antilliaanse regeling wel als inspiratiebron gediend, maar acht de Minister van Justitie het niet wenselijk om deze rechtsvorm over te nemen. Een belangrijke rol heeft hierbij gespeeld dat de praktijk (zeg maar: het MKB) vertrouwd is met de huidige BV-regeling. Een al te ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling zou veel inspanningen en denkwerk vereisen van zowel de ondernemers zelf als de juridische adviespraktijk.

Bovendien zouden, aldus de Minister, de jurisprudentie en de doctrine omtrent de huidige BV wellicht deels hun waarde verliezen. De rechtszekerheid die voortvloeit uit de juridische ontwikkelingen en leerstukken rond de huidige BV moet volgens hem niet worden onderschat.

Een andere reden om te kiezen voor de huidige aanpak is een praktische: het ontwerpen van een geheel nieuwe rechtsvorm zou waarschijnlijk lang duren, terwijl de omstandigheden op nationaal en internationaal niveau vragen om een herziening op de korte termijn. Daarnaast zou de introductie van een geheel nieuwe BV naast de bestaande BV weinig meerwaarde hebben, omdat alle knel-

punten die in het bestaande BV-recht zijn ontdekt, daarmee niet zouden worden verholpen, aldus de Minister.

Deze argumentatie is weinig overtuigend. Je kunt de nieuwe BV naast de bestaande invoeren. Je kunt ook de nieuwe invoeren en de oude als het ware afschaffen, maar met een overgangsregeling die eventuele ongemakken verhelpt.

Het is overigens ook niet noodzakelijk de Nederlands Antilliaanse wetgeving in Nederland integraal in te voeren, maar dat de Nederlandse praktijk vertrouwd is met de huidige regeling en dat met een ingrijpende wetswijziging de rechtspraak en doctrine hun waarde (overigens slechts ten dele) zouden verliezen, is nu eenmaal de prijs die voor verandering moet worden betaald en die onderdeel is van een normale en gezonde rechtsontwikkeling. De uitgesproken vrees lijkt mij niet op te wegen tegen de behoefte aan betere wetgeving. De constatering dat eerder zonder noemenswaardige problemen grote wetgevingsoperaties hebben plaatsgevonden en dat in de praktijk Nederlandse ondernemers zonder moeite buitenlandse rechtsvormen voor hun activiteiten gebruiken, relativeert de genoemde bezwaren eens te meer.

* * * * *