

HET BV-RECHT GEFLEXIBILISEERD



Mr. J.P.W.V. (Peter-Jan) Hopmans

Notaris te Nijmegen, verbonden aan Dirkzwager advocaten en notarissen

Op 12 juni heeft de Eerste Kamer de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna aangeduid als: de "wet") aangenomen. De datum van in werkingtreding is 1 oktober van dit jaar. Tijd dus om in de Notarisklerk de belangrijkste wijzigingen op een rij te zetten. De wijzigingen worden hierna behandeld aan de hand van de volgende elementen van het bv-recht: orgaanstructuur en bevoegdheden, aandelen en certificaten, het besloten karakter van de bv en de kapitaal- en vermogensbescherming. Verder zal aandacht worden besteed aan het overgangsrecht. De wet brengt ook wijzigingen aan in de geschillenregeling, deze zullen - evenals de fiscale aspecten van de flexibilisering van het bv-recht - in deze bijdrage echter niet worden behandeld.

Orgaanstructuur en bevoegdheden

De huidige duale structuur van een bv met een algemene vergadering van aandeelhouders en een bestuur blijft bestaan. Verder blijven de onderlinge verhoudingen tussen het bestuur, de raad van commissarissen² en de algemene vergadering van aandeelhouders in grote lijnen hetzelfde, dat wil zeggen: het bestuur bestuurt, geeft leiding aan de vennootschap en vertegenwoordigt de vennootschap in beginsel naar buiten. De raad van commissarissen houdt toezicht en staat het bestuur met raad en daad terzijde. Aan de algemene vergadering komen binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen alle bevoegdheden toe die niet aan het bestuur of aan andere organen van de bv zijn toegekend.

De wet introduceert een nieuw orgaan: "de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde (niet noodzakelijkerwijs bijzondere) soort of aanduiding". Hiermee wordt de mogelijkheid geboden om bijvoorbeeld de houder van het (gewone) aandeel met het nummer 1 als een orgaan aan te merken, zonder dat het daarvoor nodig is om een apart soort aandelen te creëren. Een voor de praktijk belangrijke bevoegdheid die aan dit nieuwe orgaan kan worden toegekend, is de bevoegdheid tot het benoemen van bestuurders. In de statuten kan worden bepaald dat de benoeming van bestuurders niet door de algemene vergadering, maar door dit orgaan geschiedt. Dit is echter slechts mogelijk indien iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming

betreffende de benoeming van ten minste één bestuurder. Een dergelijke bepaling maakt het mogelijk dat bepaalde aandeelhouders of groepen van aandeelhouders ieder een eigen bestuurder kunnen benoemen, wat zeker bij een joint venture wenselijk is.

In de statuten kan onder vigeur van de wet worden bepaald dat een bestuurder niet alleen kan worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd was hem te benoemen, maar ook kan worden ontslagen door een ander orgaan. In de statuten zou deze bevoegdheid dus (mede) kunnen worden toegekend aan de raad van commissarissen. Door een dergelijke statutaire ontslagbevoegdheid, naast de reeds bestaande wettelijke schorsingsbevoegdheid, kan de positie van de raad van commissarissen worden versterkt.

De hiervoor gemelde nieuwe mogelijkheden betreffende benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders gelden ook voor de leden van de raad van commissarissen. De statuten moeten op grond van de wet voorschriften bevatten omtrent de wijze waarop in de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van commissarissen.

Aan het hiervoor gemelde nieuwe orgaan kan eveneens de bevoegdheid wordt toegekend om instructies te geven aan het bestuur. Het onderscheid tussen algemene en concrete aanwijzingen komt te vervallen. Het bestuur moet de instructies opvolgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

De wet brengt een aantal wijzigingen rondom de algemene vergadering van aandeelhouders. Allereerst spreekt de wet niet langer over de algemene vergadering van aandeelhouders maar wordt voortaan gesproken over de algemene vergadering. Het bijeenroepen van de algemene

1 Deze wet is in het parlement behandeld onder Kamerstuknummer 31058. De invoeringswet is parlementair behandeld onder Kamerstuknummer 32426.

2 Als deze is ingesteld. In deze bijdrage wordt geen aandacht besteed aan de bv waarop het structuurregime van toepassing is.

vergadering, evenals de besluitvorming van dit orgaan wordt vereenvoudigd. De termijn van oproeping wordt verkort naar acht dagen. Tevens wordt tegemoet gekomen aan de kennelijke wens van internationale bedrijven om algemene vergaderingen ook buiten Nederland te kunnen houden; een besluit tot wijziging van de statuten met die strekking moet echter met algemene stemmen (unaniem) worden genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Voorts moeten alle vergadergerechtigden (waarover later meer) met de statutenwijziging hebben ingestemd.

Besluitvorming buiten vergadering wordt in alle gevallen en zonder statutaire grondslag mogelijk, mits alle vergadergerechtigden daarmee hebben ingestemd. De eis dat een besluit buiten vergadering alleen met algemene stemmen kan worden genomen vervalft. Het besluit tot vaststelling van de jaarrekening en het verlenen van kwijting kan voortaan ook buiten vergadering worden genomen indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn. In dat geval geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen als vaststelling daarvan, mits alle vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd. De statuten kunnen een dergelijke wijze van vaststelling van de jaarrekening uitsluiten.

Tenzij de statuten anders bepalen kan naar huidig recht een groep van aandeelhouders of vergadergerechtigden die meer dan 1/10e van het geplaatste kapitaal verschaffen verzoeken om een algemene vergadering bijeen te roepen. Dat percentage wordt onder de wet verlaagd naar 1/100ste. De vergadering moet binnen vier weken na het verzoek worden gehouden, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Voormeld percentage respectievelijk voormelde termijn kan in de statuten worden verlaagd respectievelijk verkort.

Aandelen en certificaten

Een aandeel is een recht dat stemrecht en/of recht op uitkering van winst of reserves omvat. Deze omschrijving, die in de wet negatief wordt geformuleerd, is geschreven met het oog op het vervallen van de verplichting om in de statuten een maatschappelijk kapitaal te vermelden en de introductie van stemrecht- en winstrechtloze aandelen.

Het kapitaal van een bv blijft verdeeld in aandelen, zodat een aandeel altijd een nominale waarde zal hebben. Deze waarde kan worden uitgedrukt in euro's, maar ook in een vreemde geldeenheid (bijvoorbeeld in dollars). Daarnaast kan het kapitaal van bv's die zijn ontstaan voor 1 januari 2002 nog steeds in guldens luiden. De waarde per aandeel wordt vermeld tot ten hoogste twee cijfers achter de komma.

Het wettelijke uitgangspunt dat het stemrecht op aandelen zich evenredig verhoudt tot de nominale waarde van de aandelen, blijft gehandhaafd. Hiervan kan bij de statuten

worden afgeweken, door de introductie van flexibel stemrecht (bijvoorbeeld: meervoudig stemrecht). De statutaire regeling van het stemrecht geldt voor *alle* besluiten van de algemene vergadering en kan dus niet per besluit worden vastgelegd. Een besluit tot wijziging van de statuten ten aanzien van het stemrecht kan slechts worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

De wet opent niet alleen de mogelijkheid voor een flexibel stemrecht maar maakt ook mogelijk dat in de statuten wordt bepaald dat aan bepaalde aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering wordt verbonden. Deze aandelen dienen in de statuten als stemrechtloos te worden aangeduid. Een dergelijke regeling kan slechts worden getroffen ten aanzien van *alle* aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarmee alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. Dit om te voorkomen dat een aandeelhouder tegen zijn wil van zijn stemrecht wordt beroofd. Aan stemrechtloze aandeelhouders worden alle aandeelhoudersrechten toegekend, met uitzondering van het stemrecht *in de algemene vergadering*. De regeling geldt niet voor besluitvorming in de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. Houders van stemrechtloze aandelen hebben dus wel vergaderrecht. Daarnaast dienen stemrechtloze aandelen recht te geven op deling in de winst en/of reserves.

Om te voorkomen dat er door middel van een besluit tot statutenwijziging afbreuk wordt gedaan aan de rechten van stemrechtloze aandeelhouders heeft de wetgever bepaald dat er een goedkeurend besluit vereist is van stemrechtloze aandeelhouders indien sprake is van een statutenwijziging die afbreuk doet aan de specifiek aan hen toegekende rechten. Aan stemrechtloze aandelen komt, tenzij de statuten anders bepalen, geen voorkeursrecht toe bij uitgifte van nieuwe aandelen.

Naast aandelen zonder stemrecht wordt het ook mogelijk om in de statuten te bepalen dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Voor de invoering van een dergelijke statutaire regeling is de instemming vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet.

Nog een novum is dat de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen bepalen dat verplichtingen van verbintenrechtelijke aard, jegens de bv of derden, of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden. Hiermee wordt de weg vrijgemaakt om non-concurrentie verplichtingen/afnameverplichtingen van producten/het exclusiviteitsrecht op het leveren van goederen etc. op te nemen in de statuten. Overigens geldt dat de statutaire verplichtingen voldoende bepaalbaar moeten zijn.

Het voordeel van het opnemen van dergelijke verplichtingen in de statuten is dat het stemrecht, het recht op uitkeringen en het vergaderrecht van de aandeelhouder die zijn verplichtingen niet nakomt, statutair kan worden opgeschort. Het opleggen van deze verplichtingen is een bevoegdheid van de aandeelhouders, zij bepalen immers de inhoud van de statuten. De inwerkingtreding van de verplichtingen kan worden overgelaten aan besluitvorming van een orgaan van de vennootschap. De statuten kunnen verder bepalen dat een orgaan van de vennootschap ontheffing kan verlenen. De wet bevat een regeling voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Bedoelde verplichtingen kunnen niet tegen de wil van een aandeelhouder, bijvoorbeeld met een meerderheidsbesluit van een vennootschapsorgaan, worden opgelegd. De wet maakt het dus mogelijk dat aandeelhouders niet tegen hun wil worden gebonden aan een statutaire regeling. Bij de overdracht van aandelen door de aandeelhouder die hieraan niet gebonden is wordt de verkrijger wel gebonden aan de statutaire regeling. Indien de overdracht van aandelen door deze aandeelhouder onmogelijk is of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt op grond van een dergelijke verplichting, dan kan de aandeelhouder de vennootschap verzoeken om gegadigden aan te wijzen voor overname van de aandelen. Indien de vennootschap niet binnen drie maanden gegadigden heeft aangewezen, kan de aandeelhouder zijn aandelen aan een ander overdragen en is de verkrijger niet gebonden aan de statutaire regeling. Na inwerkingtreding van de wet zal de notariële praktijk bij de overdracht van aandelen hiermee terdege rekening moeten houden.

De introductie van stemrechtloze aandelen heeft geen gevolgen voor de mogelijkheid van certificering van aandelen. Dit blijft gewoon mogelijk. Wel wordt een einde gemaakt aan het onderscheid wel of niet met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. De vraag of aan certificaathouders vergaderrechten toekomen wordt voortaan beantwoord door de statuten. Hierin kan worden bepaald of het vergaderrecht wel of niet aan de certificaten is verbonden. De hoofdregel is dat aan de certificaathouders geen vergaderrecht toekomt, tenzij de statuten anders bepalen. Het vergaderrecht kan ook aan houders van bepaalde certificaten worden toegekend en aan houders van andere certificaten worden onthouden. Een statutaire regeling waarbij aan certificaathouders vergaderrecht is toegekend, kan slechts worden gewijzigd met instemming van alle betrokken certificaathouders, tenzij bij het toekennen van het vergaderrecht de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk in de statuten is voorbehouden. De statuten kunnen ook bepalen dat het verbinden en ontnemen van het vergaderrecht aan certificaten van aandelen geschiedt door een daartoe bij de statuten aangewezen orgaan van de vennootschap. Onder vergaderrecht dient te worden verstaan het recht om, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde, de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren.

Het besloten karakter van de bv

De beslotenheid, waaraan de bv haar naam ontleent, die

onder het huidige recht met name tot uitdrukking komt door de verplichte beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen, door middel van een blokkeringsbepaling, wordt facultatief.

De wet kiest als uitgangspunt dat de overdraagbaarheid van aandelen is onderworpen aan een beperking in de vorm van een aanbiedingsregeling. Het uitgangspunt van deze regeling is dat de aandelen moeten worden aangeboden aan de overige aandeelhouders in verhouding tot ieders aandelenbezit. Hieraan is gekoppeld de bepaling dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, een prijs voor zijn aandeel of aandelen ontvangt die is vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen.

Van deze uitgangspunten kan in de statuten worden afgeweken. Meest verregaande mogelijkheid tot afwijking is het vrij overdraagbaar maken van de aandelen. Ook de thans bekende goedkeuringsregeling, of een combinatie van een aanbiedings- en goedkeuringsregeling kan worden toegepast als wijze waarop de overdraagbaarheid van aandelen wordt beperkt. De vrijheid bij de keuze van een wijze van beperking van de overdraagbaarheid wordt door de wet beperkt in die zin dat de statutaire regeling er niet toe mag leiden dat de overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is.

In de wet wordt verder de mogelijkheid geopend om de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde periode helemaal uit te sluiten. Bij het vaststellen van deze periode dient de redelijkheid in acht te worden genomen. Volgens de minister kan een termijn van vijf jaar in het algemeen als redelijk worden aangemerkt. Worden de statuten met het oog op de invoering van een dergelijke statutaire uitsluiting van de overdracht gewijzigd dan is de instemming vereist van alle houders van aandelen waarop de uitsluiting van de overdraagbaarheid betrekking heeft.

Ook van de regel dat de prijs van de over te dragen aandelen op verlangen van desbetreffende aandeelhouder moet worden vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen, kan in de statuten worden afgeweken. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de statuten bepalen dat de prijs niet hoger mag zijn dan de nominale waarde van de aandelen of wordt gerelateerd aan een door een derde uitgebracht bod. Worden de statuten met het oog op de invoering van een dergelijke statutaire prijsbepalingsregeling gewijzigd dan geldt, ondanks het feit dat de statutenwijziging rechtsgeldig tot stand komt, de regeling niet voor de aandeelhouders die daartegen bezwaar hebben gemaakt. Voor dergelijke aandeelhouders zal het van belang zijn dat het bezwaar uitdrukkelijk in de notulen of het besluit wordt opgenomen.

Nieuw is ook dat de rechter in geval van executoriaal beslag, faillissement en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, afgifte van legaat, toedeling uit een gemeenschap of een pandrecht, de aanbiedingsregeling, dan wel bepalingen omtrent overdraagbaarheid van aandelen

geheel of gedeeltelijk buiten werking kan stellen. 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.

De wet stelt voortaan buiten iedere twijfel dat een overdracht in strijd met de statutaire blokkeringsregeling ongeldig is.

Kapitaal- en vermogensbescherming

De wet komt met een nieuw systeem van crediteurenbescherming. De huidige regels van kapitaalbescherming, die zijn gebaseerd op de louter voor de NV bedoelde Tweede Europese richtlijn, komen te vervallen. Dat betekent dat het minimumkapitaal van € 18.000 wordt afgeschaft. Bij storting op aandelen anders dan in geld komt de accountantsverklaring te vervallen, maar blijft een beschrijving van de inbreng wel noodzakelijk. 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. De regeling omtrent Nachgründung verdwijnt. 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.

In plaats daarvan komt een grotere rol en verantwoordelijkheid van het bestuur bij de bepaling of een storting op aandelen of een transactie met de vennootschap, die als Nachgründung kan worden gekwalificeerd, kan plaatsvinden. Bij inkoop, kapitaalvermindering en het doen van (winst-)uitkeringen komt op het bestuur een "verzwaarde" verantwoordelijkheid te rusten bij de beoordeling van de haalbaarheid daarvan.

Indien de algemene vergadering, dan wel een ander daartoe door de statuten aangewezen orgaan, besluit tot uitkering van winst of reserves dan heeft een dergelijk besluit op grond van de wet geen effect zolang het bestuur van de bv geen goedkeuring aan dit besluit heeft verleend. Het bestuur kan deze goedkeuring slechts weigeren indien het bestuur ten tijde van de uitkering weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Kan de vennootschap na de uitkering niet voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, dan zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan met de wettelijke rente vanaf de dag van uitkering. Datzelfde geldt voor degene die de uitkering heeft ontvangen (met voormelde wetenschap), doch ten hoogste voor het bedrag van de ontvangen uitkering met wettelijke rente. Een bestuurder kan de aansprakelijkheid slecht afwenden indien hij bewijst dat het niet aan hem is te wijten dat er is

uitgekeerd of dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Een vergelijkbare regeling geldt ook voor de inkoop van aandelen en een vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen. Ook daar is toestemming van het bestuur vereist, met de mogelijke daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid. De beoordeling door het bestuur kan geschieden op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening of een tussentijdse vermogensopstelling.

Overgangsrecht

De wet heeft directe werking: alle wijzigingen die de wet brengt ten opzichte van het geldende recht gelden direct per de datum van inwerkingtreding. Voor wat betreft de geldigheid van besluiten of rechtshandelingen, en de regels omtrent aansprakelijkheid geldt eveneens directe werking.

Ten aanzien van enkele bepalingen is directe werking niet zonder meer mogelijk, en worden bijzondere regels van overgangsrecht gegeven. De invoering van het begrip 'vergaderrechten' is een voorbeeld daarvan. Het toekennen van de vergaderrechten geschiedt, zo zagen we hiervoor, op basis van een bepaling in de statuten. De wet verplicht vennootschappen met houders van zogenaamde bewilligde certificaten, dat wil zeggen certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, om bij de eerstvolgende statutenwijziging na de inwerkingtreding, doch uiterlijk vijf jaar daarna, de vergaderrechten in de statuten op te nemen. Het bestuur is verplicht, binnen één jaar na inwerking treding van de wet de bewilligde certificaathouders in te schrijven in het aandeelhoudersregister. De houders van 'bewilligde' certificaten kunnen hun rechten jegens de vennootschap pas uitoefenen indien zij als vergadergerechtigden zijn ingeschreven in het aandeelhoudersregister. Houders van bewilligde certificaten kunnen aan het bestuur verzoeken om inschrijving als vergadergerechtigde. Indien het bestuur de inschrijving weigert omdat het meent dat de betreffende certificaathouders geen aanspraak hebben op vergaderrechten, kunnen de certificaathouders zich wenden tot de rechter.

Zoals hiervoor gemeld dienen de statuten te voorzien in een ontstentenis of beletregeling voor commissarissen. Onmiddellijke statutenwijziging is niet nodig: op grond van het overgangsrecht mogen vennootschappen de wijziging doorvoeren bij de eerstvolgende statutenwijziging, maar uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van de wet.

Ook voor de gewijzigde kapitaalbeschermingsregels geldt de hoofdregel van directe werking. Wel zullen procedures die gestart zijn op het moment van inwerkingtreding moeten worden afgerond. Zo wordt een op het moment van inwerkingtreding lopende verzetstermijn bij kapitaalvermindering niet onderbroken of gestopt. Ook indien op het moment van inwerkingtreding een goedkeuring is gevraagd voor een verkrijging waarop de Nachgründung van toepassing is, dient de procedure te worden afgemaakt volgens de regels van het dan inmiddels vervallen artikel.

Indien de directe werking tot gevolg heeft dat aan ingestelde vorderingen tot vernietiging van transacties, door de inwerkingtreding van de wet de rechtsgrond komt te ontvallen, kan de rechter partijen in de gelegenheid stellen hun rechtsvorderingen gedurende de procedure te wijzigen. Indien een rechtshandeling onder het geldende recht nietig is wegens strijd met 2:207c BW, maar tot de inwerkingtreding van de wet door partijen als geldig is beschouwd, kan de nietigheid na het vervallen van dit artikel door de inwerkingtreding van het wet niet meer worden ingeroepen.

Slot

De wet introduceert geen nieuwe bv maar biedt de oprichters/aandeelhouders veel meer ruimte bij de inrichting van de bv. De statuten kunnen (nog) meer dan nu het geval is op maat worden gesneden. De gereedschapskist van de notariële ondernemingsrechtsspecialisten wordt uitgebreid met veel nieuw gereedschap. Ik kan niet wachten om ermee aan de slag te gaan. De eindstreep is gehaald. Het heeft even geduurd maar dan heb je ook wat.