

VEREENVOUDIGING EN FLEXIBILISERING VAN HET NEDERLANDSE BV-RECHT

*Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de
Staatssecretaris van Economische Zaken*

Prof. mr. H.J. de Kluiver (voorzitter)
Mr. G.J.C. Rensen (secretaris)
Mr. J.A.M. ten Berg
Mr. M. Brink
Prof. mr. P.J. Dortmond
Prof. mr. G. van Solinge
Mr. A.J.S.M. Tervoort
Mr. W.J.M. van Veen
Mr. drs. D.F.M.M. Zaman

Den Haag, 6 mei 2004

VOORWOORD

In november 2003 is op uitnodiging van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische zaken de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht in het leven geroepen.¹ De opdracht die de Expertgroep meekreeg was:

"Aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd."

Op 13 november 2003 is de Expertgroep voor het eerst bijeen gekomen. Na nog acht plenaire vergaderingen (en een aantal deelgroepbijeenkomsten) is het rapport afgerond en op 6 mei 2004 aangeboden aan de Minister van Justitie, mr. J.P.H. Donner.

De Expertgroep heeft dus in (iets) minder dan zes maanden haar arbeid voltooid. Dat de Expertgroep zo snel heeft kunnen werken is vooreerst te danken aan de grote inzet en het enthousiasme van haar leden. Allen hebben naast hun drukke praktijk, veel tijd vrij gemaakt om de vergaderingen (en deelbijeenkomsten) bij te wonen, voor te bereiden en de Expertgroep van (deel)notities over de te bespreken onderwerpen te voorzien.

Niet minder belangrijk is geweest de voortreffelijke ondersteuning die de Expertgroep heeft genoten. Zonder iemand te kort te doen past hier een bijzonder woord van dank aan mr. Günther Rensen, lid-secretaris van de Expertgroep en werkzaam bij het Van der Heijden Instituut van de Katholieke Universiteit Nijmegen en mr. Martha Meinema verbonden aan het ministerie van Economische Zaken. Zij hebben de discussies en besluitvorming binnen de Expertgroep niet slechts schriftelijk uitgewerkt, maar daaraan ook een nog grotere mate van coherentie gegeven dan de leden van de Expertgroep reeds aanwezig dachten. Zonder hun zowel inhoudelijke als coördinerende rol zou het ambitieuze tijdschema niet verwerkelijk zijn. Ook voor de on-

¹ De achtergrondnotitie waarin mede de taakopdracht van de commissie is vervat is als bijlage bij dit rapport opgenomen.

dersteuning door mr. Marco Langendoen, verbonden aan het Ministerie van Justitie, zegt de Expertgroep graag dank.

Mr. Rensen en mr. Meinema hebben zich belast met het opstellen van concepten van het eindrapport van de Expertgroep. Deze concepten vormden samen met de door de leden vervaardigde (deel)notities de basis voor hetgeen nu voor u ligt. Ook daarvoor is de Expertgroep hen erkentelijk.

De Expertgroep heeft veel profijt gehad van de betrokkenheid van de ministeries van Economische Zaken en Justitie en hun ambtenaren. Met name vermeldt zij, in alfabetische volgorde, mr. Wim Helmink (EZ), mr. Dinand Maas (EZ) en mr. Frits Salomons (Justitie). Zij hebben de Expertgroep met raad en daad bijgestaan, zonder overigens op enigerlei wijze de autonomie en eigen verantwoordelijkheid van de groep te beperken.

Rest mij om namens de leden van de Expertgroep de hoop uit te spreken dat op basis van het nu voorliggende rapport op afzienbare termijn een nieuw BV-recht tot stand zal komen dat de uitdagingen en kansen voor ondernemers en ondernemingen optimaal en evenwichtig zal faciliteren.

Amsterdam, 5 mei 2004
Harm-Jan de Kluiver

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1 Inleiding en hoofdpunten.....	1
1. Doelstellingen en uitgangspunten.....	1
2. Minder dwingend, meer regelend recht en vrijheid van inrichting.....	2
3. Aandeelhoudersovereenkomsten / incorporation by reference.....	3
4. Beperking van niet-effectieve regels en administratieve lasten.....	4
5. Een evenwichtige bescherming van crediteuren	5
6. Vermogens- en kapitaalbescherming	5
7. Beperken en voorkomen van rechtsonzekerheid.....	6
8. Europeesrechtelijke ontwikkelingen.....	6
9. Ontwikkelingen in andere EU lidstaten	7
10. De Antilliaanse BV	8
11. Geen nieuwe rechtsvorm, maar een breed palet van toepassingsmogelijkheden.....	8
12. De rol van de notaris	10
13. (Wettelijke) modelstatuten?	10
14. Race to the bottom, the top of op weg naar evenwicht?	11
15. (Preventief) toezicht bij oprichting van BV's?	12
16. BV- recht en structuurregime.....	12
17. Geschillenregeling.....	14
18. Verhouding tot het NV-recht.....	15
19. Over de aard van de voorstellen voor wetteksten in dit rapport.....	16
20. Overgangsrecht	16
21. Internationaal privaatrecht.....	18
22. Leeswijzer en methode van behandeling	19
Hoofdstuk 2 Orgaanstructuur en bevoegdheden organen.....	21
2.1 Orgaanstructuur.....	21
2.1.1 Duale structuur	21
2.1.2 Orgaanbegrip	24
2.2 Bestuur	27
2.2.1 Benoeming en ontslag van bestuurders	27
2.2.2 Plaatsvervangend bestuurder	30
2.2.3 Monistische bestuursstructuur.....	32

Inhoudsopgave

2.2.4	Instructiebevoegdheid ten aanzien van het bestuur	34
2.3	Algemene vergadering van aandeelhouders	36
2.3.1	Bevoegdheid tot bijeenroepen.....	36
2.3.2	Oproepingstermijn	39
2.3.3	Geografische plaats van de algemene vergadering	41
2.3.4	Besluitvorming buiten vergadering	42
2.3.5	Adviserende stem van bestuurders en commissarissen.....	45
2.4	Raad van commissarissen.....	46
2.4.1	Benaming en ontslag van commissarissen.....	46
Hoofdstuk 3 Beslotenheid, aandelen en certificaten		49
3.1	Beslotenheid; extra-verbintenissen, blokkeringsregelingen en kwaliteitseisen.....	49
3.1.1	Extra-verbintenissen.....	49
3.1.2	Blokkeringsregeling / overdraagbaarheid	53
3.1.3	Aanbiedings- en overdrachtplichten.....	58
3.1.4	Kwaliteitseisen	61
3.2	Aandelen en certificaten.....	65
3.2.1	Aandelen zonder stemrecht.....	65
3.2.2	Aandelen met gedifferentieerd stemrecht.....	70
3.2.3	Certificaten van aandelen	72
Hoofdstuk 4 Kapitaal en vermogen		75
4.1	Uitkeringen aan aandeelhouders	75
4.1.1	Winstbestemming en winstverdeling	75
4.1.2	Aandelen zonder winstrecht.....	76
4.1.3	Vrij uitkeerbare reserves en uitkering van dividend	77
4.1.4	Financiële steunverlening	85
4.2	Kapitaalbegrippen en -bescherming.....	87
4.2.1	Aandelen zonder nominale waarde.....	87
4.2.2	Minimumkapitaalvereiste	88
4.2.3	Emissie beneden pari.....	88
4.2.4	Minimumstortingsplicht	89
4.2.5	Stortingsplicht in geld; bankverklaring	90
4.2.6	Inbreng in natura: waardering naar economische maatstaven.....	90
4.2.7	Inbreng in natura: accountantscontrole	91
4.2.8	Storting van agio	92

4.2.9	Nachgründung	92
4.2.10	Inkoop van eigen aandelen.....	93
4.2.11	Maatschappelijk kapitaal.....	94
4.2.12	Kapitaalverhoging en voorkeursrecht	94
4.2.13	Kapitaalvermindering en verzet	95
Hoofdstuk 5 Overige onderwerpen.....		97
5.1	Tegenstrijdig belang.....	97
5.2	Doeloverschrijding.....	103
5.3	Taal van de statuten.....	107
Samenvatting van de belangrijkste aanbevelingen.....		109
Lijst van verkort aangehaalde literatuur		115
Bijlage: Achtergrondnotitie Expertbijeenkomsten BV-recht.....		125

HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN HOOFDPUNTEN

In het voorwoord is al vermeld dat de opdracht van de Expertgroep was "aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd." Als punten waaraan de Expertgroep in ieder geval werd geacht aandacht te besteden waren in haar taakomschrijving vermeld: blokkeringsregelingen en overdraagbaarheid van aandelen, kwaliteitseisen en verplichtingen van aandeelhouders, orgaanstructuur en bevoegdheden (duale structuur, one tier board), besluitvorming in de algemene vergadering, rol van aandeelhouders-overeenkomsten en 'incorporation by reference', benoeming en ontslag van bestuurders, regeling van het stemrecht, winstverdeling, doel(overschrijding), tegenstrijdig belang en financiële steunverlening.

1. Doelstellingen en uitgangspunten

Voor de Expertgroep is, conform haar taakopdracht, primaire doelstelling geweest knelpunten in het BV-recht te localiseren en op te lossen en te voorzien in eventuele lacunes. Een tweede doelstelling die de Expertgroep voor ogen stond was om het BV-recht, zij het wel met behoud c.q. bevordering van rechtszekerheid, te vereenvoudigen, te flexibiliseren en te versoepelen. Daarmee wordt invulling geven aan een roep tot heroverweging die al langere tijd klinkt.¹

Kort gezegd heeft de Expertgroep zich bij het nastreven van die doelstellingen vervolgens door de volgende uitgangspunten laten leiden:

- minder dwingend en meer regelend recht;
- meer vrijheid van inrichting voor aandeelhouders;
- regels die niet effectief zijn, kunnen vervallen;
- vermindering van (administratieve) lasten;
- een evenwichtige bescherming van crediteuren;
- beperken en voorkomen van rechtsonzekerheid;

¹ Vgl. onder meer: Timmerman (1992) en (1995); De Kluiver (1994) en (1996). Recentelijk voorts Van Schilfgaarde (2000/II), p. 1097, die pleit voor een "totale heroriëntatie"; Raaijmakers (2002), p. 683 e.v.; en Van Duuren (2004), p. 4 e.v.

- faciliteren van de behoeften van hedendaagse, nationale en internationale, praktijk;
- aansluiten bij ontwikkelingen in de ons omringende landen en de Europese Unie.

In dit eerste hoofdstuk van haar rapport zal de Expertgroep deze uitgangspunten nader expliciteren en uitwerken. Op basis daarvan volgen in de hoofdstukken 2 tot en met 5 de concrete analyses van bestaande regelgeving, de signalering van knelpunten en lacunes en de concrete aanbevelingen van de Expertgroep voor herziening van het geldende recht.

2. *Minder dwingend, meer regelend recht en vrijheid van inrichting*

In 1972 is de BV in het Nederlandse recht geïntroduceerd als grotendeels een kloon van de NV. Over een eigen karakter van de BV is toentertijd nauwelijks nagedacht. De laatste 15 jaar is dat denken wel op gang gekomen. Daarbij is, mede in rechtsvergelijkend perspectief, een zekere verschuiving in het denken opgetreden waarbij de BV minder als institutioneel fenomeen, en meer als contractueel verband tussen aandeelhouders wordt gezien. Met name Raaijmakers heeft in een reeks van publicaties dit perspectief uitgewerkt.²

Ook de Expertgroep neemt als uitgangspunt dat bij het aangaan van een BV aanzienlijke vrijheid moet worden gegeven aan aandeelhouders om hun samenwerkingsverband zodanig in te richten als om hen moverende redenen het meest gewenst voorkomt. De grenzen die daarbij in acht moeten worden genomen worden primair bepaald door de belangen van derden die kunnen worden benadeeld door de aard van de BV als rechtspersoon en de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders. Vooral in het hoofdstuk gewijd aan kapitaalbescherming en uitkeringen aan aandeelhouders heeft de Expertgroep dit aspect nadrukkelijk in de beschouwing betrokken. Datzelfde geldt voor de aanbevelingen die de Expertgroep doet met betrekking tot de regeling van tegenstrijdig belang en doeloverschrijding.

Daarnaast meent de Expertgroep wel dat een zekere mate van bescherming van minderheidsaandeelhouders geïndiceerd is. Deze wordt gemotiveerd door het gegeven dat een belang van minderheidsaandeelhouders door een

2 Anders gezegd gaat het dus om een zekere mate van contractualisering van het BV recht. Zie onder meer: Raaijmakers (1987), (1994), p. 340-348 en (1991), p. 203-222.

meerderheid onredelijk in het gedrang kan komen zonder dat deze in de praktijk in staat zal zijn dat belang te vervreemden. Nadrukkelijk is dit aspect in ogenschouw genomen bij de voorgestelde regeling van aan aandeelhouders te stellen kwaliteitseisen en hen eventueel op te leggen verplichtingen. Ook wordt in dit verband gewezen op hetgeen hierna in § 17 nog over de geschillenregeling wordt opgemerkt.

Een fundamenteel punt in dit verband betreft de aard van het rechtspersonenrecht als primair dwingend of regelend recht. Art. 2:25 BW bepaalt voor alle in boek 2 geregelde rechtspersonen dat het eerste uitgangspunt geldt. Voor de Expertgroep is bij haar gedachtevorming over een regeling van de BV, steeds meer het laatst vermelde uitgangspunt gaan overheersen. Dat sluit ook aan bij de conclusie die de wetgever onlangs heeft getrokken bij de herziening van het recht dat betrekking heeft op de personenvennootschappen.³ Voor de BV verdient derhalve de toepasselijkheid van art. 2:25 BW heroverweging.⁴

3. *Aandeelhoudersovereenkomsten / incorporation by reference*

In lijn met het voorgaande heeft de Expertgroep mede zich er uitdrukkelijk rekenschap van gegeven hoe aandeelhoudersovereenkomsten en statuten zich tot elkaar zouden kunnen of moeten verhouden. Daarbij is uitgangspunt de in de jurisprudentie vorm gegeven leer dat statuten en aandeelhoudersovereenkomsten in beginsel naast elkaar bestaan waarbij de geldigheid van statuten wordt bepaald door het vennootschapsrecht en de geldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten door het verbintenissenrecht. Daarbij zij aangetekend dat in de rechtspraak wordt erkend dat handelen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst ook strijd met de goede trouw in vennootschapsrechtelijke zin kan betekenen en, derhalve, vernietiging van een besluit kan meebrengen.⁵ Dit laatste is in het nieuwe Antilliaanse recht uitdrukkelijk vastgelegd als sprake is van een aandeelhoudersovereenkomst waarbij alle aandeelhouders en de vennootschap partij zijn. De Expertgroep meent dat een dergelijke bepaling ook in het Nederlandse Boek 2 BW zou

3 Zie TK 2003 – 2004, 28 746, nrs. 5 en 6 waarin het oorspronkelijk voorziene art. 804, dat voorop stelde dat sprake is van dwingend recht, is geschrapt.

4 Zie hierover uitgebreid Meinema (2003), p. 21 e.v.

5 Vgl. OK 20 mei 1999 JOR 2000/72 m.nt. J.M. Blanco Fernández (Cromwilld/Versatel); OK 8 mei 2002, JOR 2002/112 m.nt. J.M. Blanco Fernández (Broadnet). Zie o.a. Mohr (1993) en (1997); De Kluiver (1995/I), p. 432 e.v.; en Blanco Fernandez (1999), p. 148-151.

passen. Uiteraard mag de overeenkomst niet in strijd zijn met dwingend recht.

Wat betreft de vragen die aandeelhoudersovereenkomsten oproepen is overigens uitgangspunt voor de Expertgroep dat veel van hetgeen nu noodzakelijkerwijze in een aandeelhoudersovereenkomst moet worden geregeld – omdat de wet statutaire regeling niet toelaat – onder het aanbevolen BV-recht wel in statuten kan worden vervat. De noodzaak om aandeelhoudersovereenkomsten op te stellen, daarnaar in statuten te verwijzen c.q. daarvoor nadere regels te stellen zal derhalve afnemen.

Die verwijzingen in statuten naar tussen aandeelhouders gesloten overeenkomsten wordt wel aangeduid als ‘incorporation by reference’. Men veronderstelt dan wel dat dergelijke afspraken toch een statutaire werking kunnen krijgen. Dat is zeer de vraag.⁶ Gelet op de te beschermen belangen van minderheidsaandeelhouders en crediteuren alsmede belangrijke uitgangspunten zoals rechtszekerheid en kenbaarheid, heeft de Expertgroep een duidelijke voorkeur voor statutaire flexibiliteit in plaats van ruime mogelijkheden om naar andere documenten te verwijzen. Wel heeft de Expertgroep zich bij onderscheiden onderwerpen en specifieke regeling daarvan afgevraagd of een regeling "krachtens" de statuten (in feite neerkomend op een incorporation by reference) nuttig zou kunnen zijn. Een voorbeeld van een aanbeveling waarin die mogelijkheid is verwerkt biedt de regeling voor de winstbestemming en winstverdeling zoals deze is vervat in het aanbevolen art. 2:216 lid 13 BW.

4. *Beperking van niet-effectieve regels en administratieve lasten*

Bij het doorlichten van het bestaande BV-recht heeft de Expertgroep zich mede afgevraagd of bestaande regels nog wel effectief waren en of de effectiviteit wel in verhouding staat tot de administratieve lasten. Dit heeft vooral met betrekking tot het kapitaalbeschermingsrecht geleid tot de aanbeveling een aantal regels te schrappen. Dat betreft bijvoorbeeld de nu nog verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura, de regeling van de bankverklaring en de zogenaamde Nachgründungsregeling.

6 Vgl. o.a. Buijn (1999), p. 123; Frielink (2002), p. 488-489, met naschrift Buijn (2002/II); Ten Berg (2002), p. 186-189; en Van Schilfgaarde (2002), p. 641.

5. *Een evenwichtige bescherming van crediteuren*

Onder 2 werd al aangegeven dat de Expertgroep beperkingen van de vrijheid van aandeelhouders in het bijzonder aangewezen acht daar waar belangen van crediteuren in het gedrang kunnen komen. De Expertgroep heeft bij het doen van haar aanbevelingen steeds getracht voor ogen te houden dat bij het vorm geven aan het BV-recht een evenwichtige bescherming van crediteuren niet uit het oog moet worden verloren. Anderzijds dienen regels die een dergelijke bescherming beogen, wel effectief te zijn en dienen de administratieve lasten voor vennootschap en aandeelhouders zo beperkt mogelijk te zijn. Om redenen als hiervoor vermeld bepleit de Expertgroep enerzijds schrapping van een aantal regels van kapitaalbescherming, maar beveelt zij anderzijds aan de verplichtingen die ter zake op bestuurders rusten aan te scherpen. Dit geldt in het bijzonder met betrekking tot uitkeringen aan aandeelhouders en daarmee vergelijkbare rechtshandelingen (zoals inkoop van aandelen en financiële steunverlening). De Expertgroep bepleit als voorwaarde voor dergelijke rechtshandelingen te stellen dat het bestuur afweegt of bij het doen van uitkeringen (of vergelijkbare rechtshandelingen) de vennootschap nog steeds in de positie zal verkeren dat zij haar schuldeisers zal kunnen voldoen.

6. *Vermogens- en kapitaalbescherming*

Met het voorgaande is reeds het terrein betreden van de vermogens- en kapitaalbescherming. De regels die zien op het bijeenbrengen van kapitaal en het beschermen van hetgeen eenmaal aldus in de vennootschap is ingebracht, vormen een substantieel deel van het huidige BV-recht. In nauwe relatie daarmee staat de regeling van uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap. Een herziening van het BV-recht kan daaraan niet voorbijgaan. In hoofdstuk 4 van dit rapport komt een en ander uitgebreid aan bod. Met betrekking tot dit onderwerp heeft de Expertgroep overigens gebruik kunnen maken van, en kunnen voortbouwen op, het in opdracht van het ministerie van Economische Zaken uitgevoerde rechtsvergelijkende onderzoek van mrs. M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, beiden verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen. Op 1 april 2004 is het door hen opgestelde rapport ingediend en openbaar gemaakt op de websites van de ministeries van Economische Zaken en Justitie.⁷

⁷ Zie www.flexbv.ez.nl en www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/bvrecht/index.asp.

De Expertgroep heeft reeds gedurende de onderzoeksperiode kunnen beschikken over de resultaten van het onderzoek. Er is naar gestreefd de activiteiten van onderzoekers en de Expertgroep met betrekking tot dit onderwerp zoveel mogelijk te coördineren. Behalve dat de concepten van de onderzoekers ter beschikking stonden van de Expertgroep, is dit ook bereikt doordat twee leden van de Expertgroep (Dortmond en De Kluiver) zitting hadden in de begeleidingscommissie van het onderzoek van mrs. Lennarts en Schutte-Veenstra. Dit heeft er aan bijgedragen dat de conclusies van de onderzoekers en de Expertgroep voor een aanzienlijk deel overeenkomen. Waar dat niet het geval is zal de Expertgroep in hoofdstuk 4 motiveren waarom zij tot andere inzichten is gekomen.

7. *Beperken en voorkomen van rechtsonzekerheid*

Een belangrijke functie van het BV-recht is dat het een juridische basis aan het midden- en kleinbedrijf verschaft.⁸ Het moet daarom enerzijds betrekkelijk praktisch recht zijn, en anderzijds een grote mate van helderheid en rechtszekerheid bieden. Voor de Expertgroep is dat een belangrijke maatstaf voor haar handelen geweest. Om die reden heeft de Expertgroep als uitgangspunt genomen dat, mede met het oog op het beperken van (extra) administratieve lasten, regels van BV-recht die in praktijk, literatuur en jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd en overigens niet omstreden zijn of door evident betere vervangen kunnen worden, ongewijzigd gehandhaafd worden.

8. *Europeesrechtelijke ontwikkelingen*

In de afgelopen vijf jaar hebben zich belangwekkende ontwikkelingen in het Europese recht voltrokken die ook van grote invloed zijn op het werk van de Expertgroep. Het meest in het oog springt de zich snel ontwikkelende jurisprudentie over de vrijheid van vestiging van vennootschappen. Deze ontwikkeling, die essentieel is voor de ontluikende race om de vennootschapsvormen, is structureel in een hoge versnelling gezet na het arrest van het Europese Hof van Justitie van 9 maart 1999 in de Centros zaak.⁹ Voorlopig culminatiepunt daarvan is het arrest van het Europese Hof van Justitie van 30 september 2003 inzake Inspire Art.¹⁰

8 Vgl. het rapport Het MKB en de BV, Achtergronden van de keuze van ondernemers, EIM maart 2004 (www.eim.nl).

9 C-212/97, ECR 1999, I-1459; NJ 2000, 48 m.nt. P. Vlas; JOR 1999/117 m.nt. G. van Solinge.

10 C-167/01, JOR 2003/249 m.nt. G.J. Vossestein.

Het arrest inzake Inspire Art stelt grenzen aan de mogelijkheden om het gebruik van buitenlandse rechtsvormen te beperken. In Nederland heeft dit geleid tot aanpassing van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.¹¹ Dat maakt het onontkoombaar dat bij de vormgeving van het Nederlands BV-recht uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met ontwikkelingen in het vennootschapsrecht in andere EU lidstaten. Zoals hiervoor reeds vermeld is dat voor de Expertgroep ook een belangrijk uitgangspunt geweest.

In dat kader heeft de Expertgroep ook gemeend enige aanbevelingen te moeten doen om regels van internationaal privaatrecht op te stellen die het grensoverschrijdend verkeer van rechtspersonen faciliteren (zie hierna § 21).

9. Ontwikkelingen in andere EU lidstaten

In een groot aantal EU lidstaten wordt het vennootschapsrecht hervormd of zijn voornemens daartoe bekend gemaakt. In het Verenigd Koninkrijk wordt een algehele revisie van de Companies Act 1985 voorgesteld, met als uitgangspunt “think small first”.¹² Ook in Ierland vindt consultatie plaats over een nieuwe Companies Bill.¹³ In Spanje is op 1 april 2003 de Sociedad Limitada Nueva Empresa geïntroduceerd.¹⁴ Het Italiaanse vennootschapsrecht is op 1 januari 2004 geheel hervormd.¹⁵ In Frankrijk is het minimumkapitaalvereiste voor de Sarl op 21 juli 2003 afgeschaft samen met nog een aantal wijzigingen dat in het daarvoor geldend regime is aangebracht.¹⁶ België heeft reeds in 1999 een herzien Wetboek van Vennootschappen afgekondigd.¹⁷ Het nieuwe Finse vennootschapsrecht is op 1 april 2001 in werking getreden.¹⁸

11 Zie TK 2003 – 2004, 29 524 Wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

12 Het Department for Trade and Industry heeft een werkgroep ingesteld ter hervorming van het vennootschapsrecht onder de titel Modern Company Law for a Competitive Economy. De rapporten zijn beschikbaar op www.dti.gov.uk/cld/review.htm. Zie hierover onder meer Rickford (2002), p. 325 e.v.

13 Zie www.clrg.org.

14 Ley 7/2003, zie www.circe.es.

15 Zie www.governo.it/governoinforma/dossier/diritto_societario/index.html.

16 Loi pour l'initiative économique, zie www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr/grands-dossiers/index.htm.

17 Zie www.just.fgov.be/index_nl.htm.

18 Zie www.bjl-legal.com.

10. *De Antilliaanse BV*

Behalve van de ontwikkelingen in andere EU lidstaten, heeft de Expertgroep met bijzondere belangstelling kennis genomen van nog een ontwikkeling die enerzijds ver weg en anderzijds juist dichtbij plaatsvindt. Het betreft hier de herziening van het Antilliaanse vennootschapsrecht en met name de nog jonge figuur van de Nederlands-Antilliaanse BV.¹⁹ De BV-vorm is op de Nederlandse Antillen pas in 1999 geïntroduceerd, vooruitlopend op een verdere herziening van het Antilliaanse Burgerlijk Wetboek. Boek 2 daarvan heeft op 1 maart 2004 kracht van wet gekregen. Bij die gelegenheid is ook het Antilliaanse BV-recht nader gewijzigd. Deze herziening heeft zijn beslag gekregen onder leiding van de door de Nederlands-Antilliaanse regering benoemde regeringscommissaris prof. mr. P. van Schilfgaarde. Prof. Van Schilfgaarde heeft zich aanstonds bereid verklaard de vruchten van zijn werk met de Expertgroep te delen waarvoor wij hem erkentelijk zijn.

De regeling van de Antilliaanse BV heeft de Expertgroep de nodige inspiratie en aanknopingspunten geboden bij haar werk. In de volgende hoofdstukken zal dat ook tot uitdrukking komen in vele verwijzingen naar de Antilliaanse regeling.

Toch heeft de Expertgroep gemeend het Antilliaanse voorstel in zijn opzet en concrete tekstuele uitwerking niet te moeten volgen. Een belangrijk argument daarvoor is de geheel verschillende startpositie. Op de Antillen was de figuur van de BV geheel nieuw en kon 'from scratch' worden begonnen. De Expertgroep meent echter dat een geheel anders opzetten van de Nederlandse BV-regeling, een te grote mate van onzekerheid mee zou brengen over de uitleg en (rechterlijke) interpretatie van de daarvoor geldende regels. De zekerheid waaraan de praktijk juist ook behoefte heeft zou daardoor te zeer in het gedrang kunnen komen. Deze overwegingen hebben de Expertgroep er toe gebracht vast te houden aan haar opdracht om de knelpunten en lacunes in het huidige BV-recht centraal te stellen, maar dat BV-recht wel als uitgangspunt te nemen.

11. *Geen nieuwe rechtsvorm, maar een breed palet van toepassingsmogelijkheden*

Naast kapitaalvennootschappen van het NV- en BV-type hebben verscheidene landen nieuwe rechtsvormen met beperkte aansprakelijkheid geïntrodu-

19 Zie hierover: Van Schilfgaarde (2000/I), p. 31-36; Winter (2000); Frielink (2003).

ceerd, bijvoorbeeld de *Société par Actions Simplifiée*, de *Sociedad Limitada Nueva Empresa*, de *Partnerschaftsgesellschaft*, de *limited liability partnership*, de *limited liability company*. Deze vennootschappen worden gekenmerkt door een grotere inrichtingsvrijheid, analoog aan de personenvennootschap. Wel moet daarbij tegelijkertijd worden opgemerkt dat deze figuren een betrekkelijk beperkte reikwijdte hebben. Zo geldt voor de *Société par Actions Simplifiée* dat deze met name is bedoeld als joint venture vehikel,²⁰ en beperkt de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* juist de kring van aandeelhouders tot (maximaal vijf) natuurlijke personen terwijl de *Partnerschaftsgesellschaft* slechts ter beschikking staat van beoefenaren van vrije beroepen. Naast deze nieuwe rechtsvormen blijven de ‘oude’ besloten vennootschapsvormen bestaan. Buiten de grotere inrichtingsvrijheid schuilt overigens de eventuele aantrekkelijkheid van bijvoorbeeld de *Partnerschaftsgesellschaft* en de *limited liability partnership* in de fiscale behandeling van deze rechtsvormen en met name de fiscale transparantie.²¹

De Expertgroep heeft zich in het licht van haar doelstellingen en uitgangspunten, zoals neergelegd in de voorgaande paragrafen, beraden op de vermelde ontwikkelingen en zich de vraag gesteld of een nieuwe rechtsvorm geïndiceerd zou zijn. Die vraag heeft de Expertgroep ontkennend beantwoord. Haar centrale doelstelling is met voorstellen te komen die tot gevolg hebben dat het bestaande BV-recht zodanig wordt vereenvoudigd en geflexibiliseerd dat de BV-vorm geschikt zal zijn voor een breed palet aan toepassingsmogelijkheden (zoals dat ook geldt voor bijvoorbeeld de Engelse Limited). Deze moeten kunnen variëren van enerzijds een eenvoudige eenpersoonsvennootschap (al dan niet in concernverband), tot anderzijds een gecompliceerde joint venture structuur of een familievennootschap met de daaraan verbonden bijzondere kenmerken. Dat vereist een wettelijke basisstructuur, maar tegelijkertijd de mogelijkheid om daaraan nader invulling te geven of daarvan af te wijken in statuten, reglementen of aandeelhoudersovereenkomsten. De Expertgroep is van oordeel dat het BV-recht na te zijn aangepast in de door haar voorgestane zin in staat is volledig recht te doen aan de noden en behoeften van de gevarieerde praktijk.²²

20 Wet van 3 januari 1994. Zie hierover bijvoorbeeld: Guyon (1994), blz. 551 e.v., en recentelijk Kiersch (2003), p. 141 e.v.

21 Zie in dit verband o.a.: De Groot (2001), p. 254 e.v.; Vermeulen (2003) en McCahery en Vermeulen (2004), p. 323 e.v.

22 Vgl. in dit verband ook: De Kluiver en Van Gerven (1995); en Raaijmakers (2001), p. 322–327.

12. *De rol van de notaris*

In het kader van een kritisch bezien van het huidige BV-recht in het licht van haar taakopdracht, heeft de Expertgroep ook de vraag gesteld of de rol van de notaris bij de oprichting van BV's zou moeten worden gewijzigd. In het bijzonder wordt hier wel eens de vraag opgeworpen of met name in geval van oprichting van vennootschappen waarin slechts één of een zeer beperkt aandeelhouders deelnemen en een betrekkelijk overzichtelijke onderneming wordt ingebracht of opgestart, de rol van de notaris en de daarmee verbonden kosten gerechtvaardigd zijn.

Alles afwegende meent de Expertgroep dat die rol inderdaad gerechtvaardigd is. De betrokkenheid van de notaris bij de oprichting van een BV kan veel problemen voorkomen die anders na oprichting van een BV kunnen rijzen. Bovendien geldt dat ook bij BV's met slechts een gering aantal aandeelhouders en een beperkt economisch bereik toch vaak specifieke omstandigheden een rol spelen waarmee juist bij de oprichting rekening ware te houden. Bij implementatie van de voorstellen van de Expertgroep zal dat deels eenvoudiger kunnen dan voorheen. Uiteraard is het een verantwoordelijkheid van de notaris om dan van de mogelijkheden gebruik te maken zodanig dat de met oprichting van een BV gepaard gaande kosten zo beperkt mogelijk worden gehouden. De toenemende concurrentie in het notariaat zal daaraan ook een bijdrage kunnen leveren. De Expertgroep constateert ten slotte dat ook elders in (continentaal) Europa nog geen aandring bestaat de rol van de notaris als zodanig te laten vervallen (ook niet bijvoorbeeld bij oprichting van de nieuwe Spaanse SLNE, die juist voor ondernemers in het kleinbedrijf is bedoeld).²³

13. *(Wettelijke) modelstatuten?*

In het verlengde van het voorgaande is wel gesuggereerd dat wellicht door de overheid opgestelde modelstatuten een bijdrage aan vereenvoudiging en kostenreductie zouden kunnen leveren. Deze gedachte wordt dan veelal ontleend aan het Engelse recht. Een Engelse *limited* hoeft geen *articles* te deponeren. De statuten van een Engelse vennootschap bestaan uit twee documenten: het *memorandum* en de *articles of association*. Het *memorandum* vermeldt de gegevens die van belang zijn voor derden: de naam van de vennootschap, de doelomschrijving, de plaats van registratie, het aandelenkapi-

23 Vgl. Fröhlingsdorf (2003), p. 584 e.v.

taal en of sprake is van een *public of private company*. In de *articles* wordt vervolgens de vennootschappelijke organisatie vormgegeven. Deponert de vennootschap geen *articles*, c.q. wordt daarvan niet afgeweken, dan zijn de bepalingen uit *Table A* van toepassing (section 8(2) *CA 1985*).²⁴ Ook het Ierse en het Finse vennootschapsrecht kennen dergelijke modelstatuten. Sinds kort zijn ook voor de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* modelstatuten voorhanden,²⁵ zij het dat aldaar wel vereist is dat de oprichters formulieren invullen en deponeren, maar dit kan langs elektronische weg.

In de Expertgroep bestaat nogal wat aarzeling over dergelijke door de overheid opgestelde modelstatuten. De Expertgroep vraagt zich af of statuten welke worden ontwikkeld en voorgeschreven door de overheid niet juist mede allerlei vragen zouden oproepen. In de praktijk werkt de notaris nu al vaak op basis van modellen die ofwel hijzelf ofwel zijn beroepsorganisatie (de KNB) voor bepaalde typen van vennootschappen ontwikkeld heeft. Het komt de Expertgroep voor dat dit de flexibiliteit meer stimuleert dan één door de overheid ontwikkeld model dat toch een quasi-wettelijke status zou hebben.

14. *Race to the bottom, the top of op weg naar evenwicht?*

Bij het denken over de ontwikkeling van het vennootschapsrecht in internationaal verband is sinds de jaren '70 van de vorige eeuw niet voorbij te gaan aan de vraag of en in hoeverre met betrekking tot de ontwikkeling van het vennootschapsrecht sprake is, kan of moet zijn van onderlinge concurrentie. Aanvankelijk was deze discussie beperkt tot de Verenigde Staten. Daar werd deze ingegeven door het gegeven dat in de VS vennootschapsrecht geen federaal recht is maar wordt vorm gegeven op het niveau van de (vijftig) Staten die gezamenlijk de VS vormen. Bovendien geldt dat bijna alle VS-staten het incorporatiebeginsel onderschrijven. Dit brengt mee dat de band tussen plaats van feitelijke vestiging en het recht volgens hetwelk een vennootschap is opgericht (en door welk recht de vennootschap wordt beheerst: de zgn. *lex societatis*) is doorgesneden. Het resultaat daarvan is dat in beginsel elke VS-burger de keuze heeft naar welk recht hij zich van een vennootschappelijke vorm wenst te voorzien. Een enigszins vergelijkbare concurrentiestrijd om rechtsvormen is in Europa aangewakkerd door de reeds

24 Vgl. Meinema (2003), p. 10

25 ANEXO Estatutos sociales de la sociedad mercantil de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa "S.L.N.E.", zie www.derecho.com/boletinasoficiales.

genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie die de vrijheid van vestiging van vennootschappen voorop stelt.

In de VS is de vraag gesteld, en vervolgens nogal intensief bediscussieerd, of een dergelijke concurrentie tussen Staten leidt tot een race "to the bottom" in de zin dat het evenwicht in vennootschappelijke verhoudingen zoek zou kunnen raken ten nadele van met name crediteuren en minderheidsaandeelhouders. Daartegenover is gesteld dat wanneer dit evenwicht inderdaad zou ontbreken, crediteuren en minderheidsaandeelhouders minder bereid zouden zijn zich met dergelijke vennootschappen in te laten althans nadere voorwaarden zouden bedingen hetgeen vanzelf zou leiden tot het mijden van dergelijke rechtsvormen c.q. het aanpassen daarvan. Deze discussie zal op deze plaats niet verder worden beschreven en evenmin verder worden gevoerd.²⁶ Volstaan kan hier worden met de constatering dat de race om de vennootschapsvormen die in Europa voorzichtig op gang lijkt te komen, niet zonder meer afdoet aan de noodzaak en wenselijkheid rechtsfiguren te ontwikkelen die een evenwicht nastreven van alle betrokken belangen. En dat laatste is wat de Expertgroep zich, juist ook op basis van de ruime ervaring van haar leden in de praktijk, tot doel heeft gesteld. In de navolgende hoofdstukken zal zij daarvan rekenschap afleggen bij de beschrijving van de voorstellen die zij doet.

15. *(Preventief) toezicht bij oprichting van BV's?*

De Expertgroep heeft zich de vraag gesteld of in het kader van een vereenvoudiging van het BV recht niet ook het preventief toezicht zoals dat nu nog bestaat zou moeten vervallen. Momenteel ziet dat toezicht bij oprichting met name op degenen die een vennootschap oprichten en daarvan aandeelhouders en bestuurders worden. Het is de vraag of dit toezicht erg doeltreffend en efficiënt is. Dat zal eens te meer gelden nu het ingevolge de vermelde rechtspraak van het Europese Hof van Justitie op ruimere schaal mogelijk wordt buitenlandse rechtspersonen in Nederland in te zetten.

16. *BV- recht en structuurregime*

Krachtens art. 2:263 e.v. BW geldt voor BV's van een zekere omvang (kort gezegd meer dan 100 werknemers, een ingestelde ondernemingsraad en een eigen vermogen van EUR 13 miljoen) het wettelijke structuurregime. Dit

26 Vgl. o.a. Timmerman (2000) en (1999), p. 43 e.v.; De Kluiver (1995/II) en dezelfde (1998), p. 55–65; en Raaijmakers (1992).

brenkt in beginsel mee dat er verplicht een raad van commissarissen moet worden ingesteld, dat de leden daarvan door de raad zelf worden benoemd en dat deze op zijn beurt het bestuur benoemt. Is dat wettelijke regime van toepassing dan beperkt dit regime de mogelijkheden die het BV-recht biedt en die de Expertgroep met haar in dit rapport vervatte aanbevelingen verder beoogt te vergroten.

De vermelde beperkingen zullen worden verminderd bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel 28179 inzake wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling.²⁷ Dat is enerzijds toe te schrijven aan de wijziging die de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid tot benoeming van commissarissen zal geven en anderzijds aan de vergroting van het aantal gevallen waarin het zogenaamde verzwakte regime zal gaan gelden. Volgens dat verzwakte regime worden bestuurders niet benoemd door de RvC, maar door de algemene vergadering. Dat verzwakte regime zal (aldus het voorgestelde art. 2:265a BW) onder meer gaan gelden voor familievennootschappen. Voor andere BV's en met name voor joint ventures geldt een dergelijke verzwakt regime niet zonder meer, tenzij de vennootschap(pen) die ten minste de helft van het kapitaal verschaf(t)(fen) zelf aan het structuurregime onderworpen is/zijn (dan profiteert een joint venture van een algehele vrijstelling) of de joint venture partners de meerderheid van hun werknemers in het buitenland hebben (verzwakt regime) c.q. een combinatie van beide. Het laat zich echter ook goed denken dat een joint venture in de vorm van een BV bij overschrijding van de gestelde drempels niet voldoet aan de in art. 2:265 BW gestelde criteria. Dan zou daarop het volledige structuurregime van toepassing worden. Dit regime zou vervolgens de door partijen opgezette vennootschappelijke structuur doorkruisen en ter zijde stellen. Weliswaar is hier in de praktijk nog wel het een ander aan te "repareren" door nadere afspraken te maken met te benoemen commissarissen, maar die afspraken staan juridisch al betrekkelijk snel op gespannen voet met de regels van het structuurregime.

Bij toepasselijkheid van het structuurregime in vergelijking met het voorgestelde versoepelde BV-recht springen twee kwesties in het oog. In de eerste plaats is duidelijk dat in het volledige structuurregime de joint venture partners juridisch de controle verliezen over de samenstelling van het bestuur. In

²⁷ Wij baseren ons op de laatst beschikbare tekst van dit wetsvoorstel zoals neergelegd in EK 2002-2003, 28 179 nr. 309.

mindere mate zal dat ook gelden voor de samenstelling van de RvC. (Commissarissen worden weliswaar benoemd door de algemene vergadering, maar op voordracht van de RvC.) Het tweede knelpunt is dat besluitvorming over belangrijke onderdelen (mede) afhankelijk zal zijn van goedkeuring van de RvC (ex art. 2:274 BW).

In de Expertgroep is om de uiteengezette redenen een aanzienlijk deel van de leden van mening dat de structuurregeling zich slecht verhoudt met de flexibilisering van het BV-recht, in het bijzonder als aan het gebruik van de BV een joint venture regeling ten grondslag ligt (c.q. aandeelhoudersovereenkomst) tussen het merendeel van, of wellicht zelfs alle, aandeelhouders. Deze leden menen, ook in aanmerking nemende de te verwachten concurrentiestrijd tussen de rechtsvormen van de diverse lidstaten, dat het structuurregime ofwel in het geheel niet van toepassing zou moeten zijn op BV's, ofwel in ieder geval niet op BV's die op nauwe samenwerking tussen aandeelhouders berusten (familie- en joint venture vennootschappen), ofwel dat voor BV's c.q. joint venture BV's steeds slechts het verzwakt regime zou moeten gelden. Andere leden onderkennen dat de structuurregeling de flexibiliteit van het BV-recht beperkt, maar menen dat het structuurregime die beperking kan rechtvaardigen op basis van afwegingen van andere dan juridische aard, waaronder begrepen de functie van medezeggenschap in grotere ondernemingen.

Nu nadere analyse van het structuurregime geen onderdeel van haar taakopdracht vormt, neemt de Expertgroep als zodanig geen standpunt in, en doet zij geen formele aanbeveling, met betrekking tot de vraag of het structuurregime een al of niet een gerechtvaardigde beperking betekent op de mogelijkheid gebruik te maken van een vereenvoudigd en meer flexibel BV recht. Wel zal uit het voorgaande duidelijk zijn geworden dat een aanzienlijk deel van de leden van de Expertgroep voorstander zou zijn van nadere aanpassing of zelfs afschaffing van het structuurregime voor BV's.

17. Geschillenregeling

Tot het eigenlijke BV-recht behoort niet de geschillenregeling zoals deze in art. 2:335 e.v. BW is neergelegd. Een evaluatie en herziening van de geschillenregeling behoort ook niet tot de taakopdracht van de Expertgroep. De Expertgroep stelt, overigens met vele anderen,²⁸ echter wel vast dat de hui-

28 Vgl. onder meer Leijten (2000).

dige geschillenregeling in de praktijk niet goed werkt. Dat gegeven is wel relevant voor een aantal onderwerpen van het BV-recht waaromtrent de Expertgroep in het navolgende aanbevelingen doet.

De Expertgroep is er steeds meer van overtuigd geraakt dat een goede en effectieve geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk vormt voor een evenwichtig BV-recht dat, terecht, veel ruimte laat aan partijen. Dat kan bijvoorbeeld relevant zijn bij het na oprichting opnemen van een blokkeringsregeling (in de voorstellen van de Expertgroep facultatief) of het opleggen van aanvullende verplichtingen aan aandeelhouders.

De Expertgroep beveelt derhalve nadrukkelijk aan dat bij de herziening van het BV-recht tevens van de gelegenheid gebruik wordt gemaakt om de geschillenregeling te wijzigen. De Expertgroep verwijst onder meer naar de uitgebreide regeling in het Antilliaanse BW (art. 2:251 e.v.).²⁹

18. Verhouding tot het NV-recht

Het Nederlandse BV-recht is momenteel in hoge mate identiek aan het recht dat geldt voor de NV. Dat brengt mee dat een aantal voorstellen die de Expertgroep in het navolgende doet, evenzeer van belang kan zijn voor de regeling van de NV. Voor zover aanbevelingen voor de NV niet passend zouden worden bevonden zou dat mee kunnen brengen dat sommige onderwerpen die nu voor beide kapitaalvennootschappen gelijkelijk gelden, nader moeten worden gedifferentieerd (en bijvoorbeeld niet slechts in de in Titel 1 vervatte algemene bepalingen kunnen worden geregeld).

Een in het oog springend voorbeeld is de regeling van doeloverschrijding in art. 2:7 BW. De Expertgroep stelt voor om in het BV-recht aan de doelomschrijving de werking tegenover derden te ontnemen. Zou die conclusie niet voor andere rechtspersonen worden getrokken (of wel voor de NV, maar bijvoorbeeld niet voor de vereniging of de stichting), dan ligt het minder voor de hand dit onderwerp in titel 1 van boek 2 te regelen.

Een fundamenteel punt in dit verband betreft de aard van het rechtspersonenrecht als primair dwingend of regelend recht. Op deze plaats kan worden verwezen naar hetgeen daarover reeds in § 2 is opgemerkt.

²⁹ Zie hierover Van Schilfgaarde (2000/III), p. 271 e.v.

19. Over de aard van de voorstellen voor wetteksten in dit rapport

Op basis van haar beraadslagingen doet de Expertgroep in het navolgende tevens tekstvoorstellen voor wetgeving. Daarbij lijkt het goed te benadrukken dat deze teksten primair bedoeld zijn om de aanbevelingen van de Expertgroep zo puntig mogelijk samen te vatten en te presenteren. Dat betekent dus niet dat de Expertgroep meent dat alle tekstvoorstellen zonder meer als wetteksten kunnen worden overgenomen.

Een wetteksten zal immers volstrekt eenduidig moeten zijn zowel wat betreft de betekenis van de daarin gehanteerde terminologie als ook vanuit het perspectief van de consistentie daarvan met andere relevante wet- en regelgeving. De Expertgroep realiseert zich dat een aantal tekstvoorstellen nog niet ten volle aan deze eisen voldoet. Zoals gezegd heeft zij echter ook niet de taak noch de pretentie gehad geheel uitgekristalliseerde wetteksten te formuleren. Waar duidelijk werd dat een tekst bij het streven naar juridische perfectie slecht leesbaar zou worden, is de voorkeur gegeven aan een wellicht niet geheel sluitende tekst die echter wel de kerngedachte van de Expertgroep beter tot uitdrukking deed komen.

Niettegenstaande het voorgaande, heeft de Expertgroep wel veel energie besteed aan het zo zorgvuldig mogelijk redigeren van de voorgestelde teksten. Veel tekstvoorstellen zijn de resultante van een aantal versies en even zovele discussierondes waarin door de leden van de Expertgroep met de nodige inzet en vasthoudendheid is geparticipeerd. De Expertgroep heeft daarom wel de overtuiging dat veel van haar tekstvoorstellen een zinvolle basis voor wetgevende activiteit kunnen bieden.

20. Overgangsrecht

Zoals hiervoor reeds ter sprake kwam heeft de Expertgroep zich bij de aanvang van haar werkzaamheden mede rekenschap gegeven van de overgangsrechtelijke problemen die een herziening van het BV-recht in geheel andere richting dan nu gekozen (een gehele nieuwe structuur 'from scratch') mee zou kunnen brengen. Dat is mede een overweging geweest om het bestaande wettelijk kader voor de BV als, zij het grondig te versoepelen, uitgangspunt te nemen. Die benadering brengt mee dat het overgangsrecht minimaal zal kunnen zijn. Niettemin zullen overgangsrechtelijke kwesties niet geheel voorkomen kunnen worden.

De Expertgroep ziet in dat verband drie categorieën van gevallen die de aandacht vragen:

- (i) het nieuwe BV-recht stelt dwingendrechtelijk nieuwe regels die bestaande statutaire regelingen ongeldig doen zijn;
- (ii) het nieuwe BV-recht stelt dwingendrechtelijk nieuwe eisen aan bepaald handelen die er toe leiden dat bestaande statuten niet meer (volledig) het geldend recht weergeven;
- (iii) het nieuwe BV-recht doet wettelijke regels vervallen die partijen bij het opstellen van statuten als een gegeven hebben beschouwd en waaromtrent zij derhalve in statuten niet hebben voorzien.

De eerste categorie gevallen is bij invoering van de in dit rapport vervatte voorstellen zeer beperkt. De Expertgroep stelt weinig nieuwe dwingendrechtelijke regels voor en daarbinnen zijn er nog minder regels die zouden leiden tot nietigheid van statutaire regelingen. Een voorbeeld dat daartoe wel leidt is de aanbeveling van de Expertgroep om de huidige regeling van tegenstrijdig belang te schrappen, en daaraan externe werking te ontnemen. Dat leidt er toe dat (nu veel voorkomende) statutaire regelingen die bepalen dat in geval van tegenstrijdig belang, *uitsluitend* commissarissen (en dus niet het bestuur of bestuurders) vertegenwoordigingsbevoegd zijn, in strijd is met de wet. Anderzijds hoeft dat geen gevolg te hebben als wordt aangenomen dat, zij het niet meer exclusief, de commissarissen in die gevallen onverminderd statutair de bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekomt.³⁰

Ook de tweede categorie zal op basis van de voorstellen van de Expertgroep zeer beperkt zijn. Een voorbeeld biedt de voorgestelde aanpassing van art. 2:216 BW inzake de regeling van uitkeringen aan aandeelhouders. Daarin zal conform de voorstellen van de Expertgroep mede een rol aan het bestuur toekomen dat een uitkering zal kunnen blokkeren (zie het voorgestelde art. 2:216 lid 2 sub b). Momenteel zullen statuten daarin niet voorzien. Een andere regeling die in deze categorie valt is de voorgestelde verplichting om de algemene vergadering jaarlijks te informeren over verleende goedkeuringen van transacties waarbij sprake was van een tegenstrijdig belang (het nieuw voorgestelde art. 2:146 lid 2).

De derde categorie ten slotte zal ook niet veelomvattend zijn. Ook hier weer zou men kunnen denken aan de nieuw voorgestelde tegenstrijdig belang

30 De bepaling wordt dan dus verstaan als een, aanvullende, statutaire regeling van de vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals bedoeld in art. 2:240 lid 4 BW

regeling. Deze neemt tot uitgangspunt dat tegenstrijdig-belang transacties goedkeuring van de AvA behoeven, als de statuten geen ander orgaan hebben aangewezen. Momenteel zullen statuten daar veelal niet in voorzien.³¹

Gelet op de uit het voorgaande blijkende beperkte omvang van de overgangsproblemen, heeft de Expertgroep gemeend ervan te mogen afzien om bij de diverse onderwerpen specifieke aandacht te besteden aan overgangsrechtelijke aspecten.

21. *Internationaal privaatrecht*

Ten slotte heeft de Expertgroep zich mede rekenschap gegeven van de aspecten van internationaal privaatrecht die samenhangen met de vereenvoudiging van het BV-recht. De Expertgroep meent dat het streven naar concurrentie met buitenlandse rechtsvormen – een van de drijfveren achter de operatie tot vereenvoudiging van het BV-recht – tot de conclusie zal leiden dat de BV zich ook gemakkelijker over de grenzen zal moeten kunnen bewegen.

De Expertgroep beveelt aan dat in de Nederlandse wet regelingen worden opgenomen die het mogelijk maken dat Nederlandse vennootschappen, of in ieder geval BV's, grensoverschrijdend kunnen fuseren of splitsen, zich kunnen omzetten in een buitenlandse rechtsvorm of de statutaire zetel naar het buitenland kunnen verplaatsen. Mede in het licht van de Europeesrechtelijk benadrukte vrijheid van vestiging van vennootschappen, ligt voor de hand dat de regels zodanig zullen zijn dat zij ook gelden voor buitenlandse rechtspersonen die door genoemde transacties de Nederlandse rechtssfeer binnenkomen. Deze regels zullen overigens van tijdelijke aard kunnen zijn, indien en voor zover de ontwerp EG Richtlijnen inzake grensoverschrijdende fusie en zetelverplaatsing (ook wel bekend als de 10^e en 14^e Richtlijn), als ook eventuele Europese initiatieven voor de omzetting en de splitsing over de grenzen, worden vastgesteld en ingevoerd in de Nederlandse wetgeving.

31 Bij wijze van overgangsregeling zou hier eventueel gedacht kunnen worden aan een regel dat als statuten (naar huidig recht) bepalen dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang door commissarissen wordt vertegenwoordigd, onder het nieuwe recht geldt dat commissarissen bevoegd zijn tot goedkeuring (uiteraard tot de statuten in andere zin worden gewijzigd).

22. *Leeswijzer en methode van behandeling*

Zoals gezegd komen de concrete analyses van bestaande regelgeving en het in kaart brengen van eventuele lacunes hierna in de volgende vier hoofdstukken van dit rapport aan bod. De opbouw is als volgt:

Hoofdstuk 2 stelt de structuur en de interne organisatie van de BV centraal. Aan de orde komen onder meer de samenstelling, werkwijzen en bevoegdheden van haar organen alsmede de besluitvorming in en buiten vergadering en de daarvoor in acht te nemen formaliteiten.

Hoofdstuk 3 stelt de aandeelhouder en (de aard van) zijn rechten centraal, alsmede de eventuele beperkingen die daaraan kunnen worden verbonden.

Hoofdstuk 4 heeft vermogen en kapitaal van de BV tot thema. Het huidige BV-vermogens- en kapitaalbeschermingsrecht wordt daarin tegen het licht gehouden en nieuwe voorstellen ter zake worden gedaan. Een onderdeel van dat hoofdstuk betreft de eisen welke gesteld dienen te worden voordat tot uitkeringen aan aandeelhouders mag worden overgegaan.

Hoofdstuk 5 ten slotte is gewijd aan de leerstukken tegenstrijdig belang en doeloverschrijding en bevat ingrijpende voorstellen tot wijziging daarvan.

De methode van behandeling van de aan te snijden onderwerpen zal steeds hetzelfde patroon volgen bestaande uit:

- a. beknopte weergave van de huidige wettelijke regeling;
- b. inventarisatie van knelpunten (en eventuele lacunes);
- c. kanttekeningen bij het huidige recht en de mogelijke alternatieven daarvoor, mede in rechtsvergelijkend perspectief;
- d. concrete aanbevelingen voor herziening van geldend recht;

Na de aanbevelingen volgt bij het merendeel van de onderwerpen een concept wettekst.³²

32 Bij kennisneming waarvan het opgemerkte in paragraaf 20 nogmaals onder de aandacht wordt gebracht

Hoofdstuk 1

Na hoofdstuk 5 zal bij wijze van samenvatting een overzicht worden gegeven.

HOOFDSTUK 2 ORGAANSTRUCTUUR EN BEVOEGDHEDEN ORGANEN

2.1 **Orgaanstructuur**

2.1.1 Duale structuur

a. Huidige regeling

Boek 2 BW gaat er vanuit dat een BV een duale orgaanstructuur heeft. De BV heeft in ieder geval een bestuur (art. 2:239 BW) en een algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:217 BW). Indien de BV is onderworpen aan het structuurregime, schrijft de wet daarnaast dwingend voor dat er een raad van commissarissen wordt ingesteld (art. 2:268 lid 1 BW). Een niet-structuur BV kan een dergelijke raad van commissarissen instellen, maar is daartoe niet verplicht (art. 2:250 lid 1 BW).

b. Knelpunten

1. Duale structuur

Bij veel BV's is de enig bestuurder tevens – direct of indirect – enig aandeelhouder.¹ De duale orgaanstructuur is in die gevallen materieel niet aanwezig. Ook in joint-ventureverhoudingen rijst wel de vraag of de aandeelhoudersvergadering niet tevens als bestuur zou moeten worden aangemerkt.² Er zou dan een aandeelhouderbestuurde vennootschap ontstaan. De wens om het bestuursorgaan als zodanig in dergelijke gevallen achterwege te laten, komt voort uit de gedachte dat een scheiding de facto niet aanwezig is of hoeft te zijn. Het wordt dan door betrokkenen als lastig ervaren dat in de BV toch van twee verschillende organen moet worden uitgegaan die ieder aan de voor hun geldende Boek 2 BW-regels moeten voldoen. De meest in het oog lopende verschillen tussen de algemene vergadering en het bestuur zijn de stemverhoudingen (*one share, one vote* respectievelijk *one man, one vote*) en de formaliteiten voor het houden van vergaderingen. In een duale orgaanstructuur moeten verder de regels inzake benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders worden nageleefd en kan het bestuur van de vennootschap in

1 Vgl. Boschma (1997), p. 34-35.

2 Vgl. Timmerman (2004), p. 27.

voorkomende gevallen niet worden vormgegeven door (louter) een aandeelhoudersovereenkomst. De vraag rijst of de juridische complicaties die een duale structuur met zich brengt, kunnen worden vereenvoudigd door één van beide organen af te schaffen.

2. Jaarlijkse algemene vergadering

In bepaalde vennootschappen wordt de verplichting van art. 2:218 lid 1 BW om jaarlijks een algemene vergadering van aandeelhouders te houden, veelal als ‘onnodig’ ervaren.³ Er wordt dan geen fysieke vergadering gehouden en er vindt ook geen stemuitbrenging plaats. De jaarlijkse vergadering is in deze gevallen een ‘papieren vergadering’.⁴ De vraag is of de jaarlijkse algemene vergadering zou kunnen worden afgeschaft en/of dat de eisen die worden gesteld aan de besluitvorming buiten vergadering kunnen worden versoepeld.

c. Kanttekeningen

1. Duale structuur

De nieuwe regeling voor de Antilliaanse BV voorziet in art. 2:239 e.v. NA BW in de mogelijkheid van een aandeelhouderbestuurde BV. Met deze regeling wordt beoogd om aan bepaalde persoonsgebonden vennootschappen de mogelijkheid te bieden van een vereenvoudigd bestuursstelsel. Kern van de regeling is dat het bestuur als een van de aandeelhoudersvergadering te onderscheiden orgaan ontbreekt en dat de aandeelhouders de wijze waarop de vennootschap wordt bestuurd kunnen vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst, waarbij alle aandeelhouders en de vennootschap partij zijn.⁵ In de ons omringende landen hebben besloten vennootschappen een duale structuur, met een algemene vergadering van aandeelhouders en een be-

3 In de enquête ‘10 vragen voor de BV’ van het Ministerie van Economische Zaken, die is gehouden onder leiding van Jong Management en het Platform Zelfstandige Ondernemers, geeft 57% van de respondenten aan het houden van een jaarlijkse aandeelhoudersvergadering geheel onnodig te vinden. Slechts 7% van de respondenten acht een dergelijke vergadering essentieel.

4 Zie hierover Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 181.

5 Landsverordening van de Staten van de Nederlandse Antillen (zitting 2002-2003) houdende vaststelling van de tekst van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, memorie van toelichting (nr. 3), p. 25. De invoering van deze figuur lijkt op de Antillen vooral te zijn ingegeven door de beoogde compatibiliteit met het Amerikaanse rechtssysteem (limited liability company); zie memorie van toelichting, p. 4.

stuur.⁶ In de Britse *Company Law Reform*⁷ heeft men overwogen om een vennootschap zonder algemene vergadering of zonder bestuur mogelijk te maken, vanwege het feit dat in veel vennootschappen alle aandeelhouders ook bestuurder zijn en omgekeerd. In deze vennootschappen zou de scheiding tussen algemene vergadering en bestuur gekunsteld zijn. In de consultatie werden de voorgestelde modellen met weinig enthousiasme begroet. In het algemeen was de gedachte dat de modellen een extra laag van complexiteit zouden toevoegen, zonder dat er directe voordelen tegenover stonden. De complexiteit zou met name schuilen in de overgangsproblematiek, de bescherming van aandeelhouders die geen bestuurder zijn en de aansprakelijkheid van aandeelhouder/bestuurders.

Het aanvaarden van een aandeelhouderbestuurde vennootschap levert een zekere spanning op met de algemeen aanvaarde gedachte dat het bestuur van de BV het vennootschappelijk belang (waaronder ook het belang van werknemers)⁸ moet dienen, terwijl de aandeelhouder primair zijn eigen belang mag dienen. Daarnaast is de Expertgroep van mening dat, voor zover al sprake is van knelpunten, deze op andere – minder ingrijpende – wijze kunnen worden verholpen dan door de invoering van een aandeelhouderbestuurde vennootschap.

2. Jaarlijkse algemene vergadering

In het Engelse recht kan een vennootschap kan met instemming van alle aandeelhouders afzien van het houden van een algemene vergadering (section 379A CA 1985). Naar Engels recht kan een besluit tot het afzien van het houden van een algemene vergadering worden herroepen door een besluit met volstreekte meerderheid. Bovendien kan iedere aandeelhouder verzoeken dat een vergadering wordt gehouden (s. 366A CA 1985).⁹

6 België, BVBA art. 255; Frankrijk, Sarl art. L223-18; Duitsland, GmbH § 6 GmbHG; Italië, Sarl art. 2475 CC; Spanje, SLNE art. 139. De Franse SAS is in beginsel vrij in de keuze van bestuursstructuur; in art. L227-5 wordt bepaald dat de statuten de voorschriften geven op grond waarvan de vennootschap wordt bestuurd. Wel wordt de vennootschap vertegenwoordigd door een voorzitter die wordt aangewezen volgens in de statuten te bepalen voorwaarden.

7 DTI Company Law Reform – Developing the framework (www.dti.gov.uk).

8 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

9 In de Company Law Reform wordt een verdergaande flexibilisering voorgesteld. Een private company hoeft in beginsel geen jaarlijkse algemene vergadering te houden, tenzij deze opteert voor de mandatory scheme (vgl. s. 127 Draft Clauses, juli 2002). Iedere

In het Nederlandse recht is op dit punt flexibilisering te bereiken indien de besluitvorming buiten vergadering wordt vergemakkelijkt, zie de aanbeveling hierna en de aanbeveling onder § 2.3.4. In de toelichting op de wet moet worden verduidelijkt dat ook de jaarvergadering buiten vergadering kan plaatsvinden.¹⁰ Voor de categorie vennootschappen waarin alle aandeelhouders tevens bestuurders zijn, kan de ondertekening van de jaarrekening tegelijkertijd de neerslag van de besluitvorming buiten vergadering inhouden. Bedacht moet dan wel worden dat eventuele besluiten omtrent winstbestemming en decharge apart genomen moeten worden. In het door de Expertgroep aanbevolen systeem moet iedere vergadergerechtigde instemmen met besluitvorming buiten vergadering, zodat een aandeelhouder steeds de mogelijkheid heeft om besluitvorming binnen vergadering te verlangen.

d. Aanbevelingen

1. Duale structuur

Het is niet nodig om de figuur van de aandeelhouderbestuurde vennootschap te creëren.

2. Jaarlijkse algemene vergadering

In de toelichting op de wet wordt verduidelijkt dat de jaarlijkse algemene vergadering ook buiten vergadering kan plaatsvinden. Indien de jaarrekening is ondertekend door de bestuurders die tevens alle aandeelhouders zijn, wordt vermoed dat de vaststelling van de jaarrekening buiten vergadering heeft plaatsgevonden.

2.1.2 Orgaanbegrip

a. Huidige regeling

Bij de herziening van het preventief toezicht in 2001, is art. 2:189a BW inzake het orgaanbegrip in de wet opgenomen:¹¹

Voor de toepassing van de artikelen 195, 206, 210 lid 6 en 239 wordt onder orgaan van de vennootschap verstaan de algemene vergadering van aandeelhouders, de ver-

aandeelhouder mag wel verzoeken dat een algemene vergadering wordt bijeengeroepen binnen 14 dagen na het toezenden van de jaarrekening (s. 136 Draft Clauses).

10 Verduidelijking is noodzakelijk omdat er discussie over deze mogelijkheid bestaat.

11 Deze bepaling stond voorheen in (een voetnoot van) de Richtlijnen 1986 voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Stcrt. 1998, 195).

gadering van houders van aandelen van een bijzondere soort, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.

Deze bepaling geeft geen definitie van het orgaanbegrip, maar geeft aan wat voor de toepassing van een aantal artikelen onder 'orgaan' moet worden verstaan. Op deze wijze beperkt de wet de kring van organen aan wie de bevoegdheid tot goedkeuring van de overdracht van aandelen, tot uitgifte van aandelen, tot het reserveren van de winst/verwerken van het verlies en tot het geven van aanwijzingen aan het bestuur kan worden toegekend.

b. Knelpunten

Het orgaanbegrip lijkt in de praktijk niet op grote problemen te stuiten. Dat laat onverlet dat de vraag kan worden gesteld of het juist is om bij een flexibele rechtsvorm uit te gaan van een beperkte kring van organen waaraan bepaalde bevoegdheden kunnen worden toebedeeld.¹²

In art. 2:189a BW zou verduidelijkt kunnen worden dat ook houders van aandelen van een bepaalde aanduiding als een orgaan kunnen worden beschouwd. Aldus wordt de mogelijkheid geboden om bijvoorbeeld de houders van aandelen nrs. 1 tot 20 als een orgaan aan te merken, zonder dat het daarvoor nodig is om een aparte soort aandelen te creëren.

c. Kanttekeningen

In het Duitse GmbH-recht komt een orgaanbegrip niet voor. In de Duitse literatuur wordt enerzijds bepleit dat alle personen en gremia waaraan de statuten een bevoegdheid toekennen, als orgaan moeten worden beschouwd, anderzijds wordt gesteld dat van een orgaan eerst sprake is wanneer aan bepaalde materiële kenmerken is voldaan.¹³

Naar Nederlands recht hebben de leden van organen als kapitaalverschaffer zeggenschap (algemene vergadering van aandeelhouders, prioriteit), of zijn zij gebonden aan de norm van behoorlijke taakvervulling (bestuur, raad van commissarissen). De Expertgroep acht het ten aanzien van de uitoefening van bepaalde wettelijke bevoegdheden onwenselijk dat naast deze organen een ander orgaan kan worden gecreëerd¹⁴, met buitenstaanders die geen ka-

12 Pitlo/Raaijmakers (2000), nr. 4.29.

13 Zie Ulmer (1984); Beuthien en Gätsch (1992).

14 Vgl. Blanco Fernández in zijn annotatie (sub 5) bij HR 12 mei 2000, JOR 2000/145 (Geestelijk Leider). Hij is van mening dat orgaan is 'de persoon of instantie die krachtens de regels die de inrichting van de rechtspersoon normeren rechtshandelingen ver-

pitaalverschaffer zijn noch gebonden aan de norm van behoorlijke taakvervulling. Om dit te voorkomen is echter niet per se een wettelijk orgaanbegrip vereist. Voor die bevoegdheden waar een dergelijke beperking is gewenst, hier zij bijvoorbeeld gewezen op art. 2:239 lid 4 BW, kan dit ook in de desbetreffende bepaling worden opgenomen. Als dit echter niet leidt tot een materiële verandering, meent de Expertgroep dat het niet nodig is om 2:189a BW te schrappen.

d. Aanbevelingen

Het voorschrift van art. 2:189a BW wordt gehandhaafd, met toevoeging dat ook houders van aandelen van een bepaalde aanduiding en de hierna te bespreken one-tier board een orgaan kunnen zijn. Daar waar behoefte bestaat aan toekenning van een specifieke bevoegdheid aan een beperkt aantal organen, kan dit in de wet worden bepaald. In dit verband wordt voorgesteld om de bepalingen inzake het opleggen van een verbintenis aan aandeelhouders en het verlenen van ontheffing daarvan (art. 2:192 BW, § 3.1.1), het verlenen van ontheffing van een kwaliteitseis (art. 2:195b BW, § 3.1.4), de winstbestemming (art. 2:216 BW, § 4.1.1), de benoeming en ontslag van bestuurders (art. 2:242 en 244 BW, § 2.2.1), en de goedkeuringsbevoegdheid in geval van tegenstrijdig belang (art. 2:256 BW, § 5.1) aan de opsomming van artikelen in art. 2:189a BW toe te voegen.

Artikel 2:189a BW

Voor de toepassing van de artikelen 192, 195b, 206, 210 lid 6, 216, 239, 242, 244 en 256 wordt onder orgaan van de vennootschap verstaan de algemene vergadering van aandelhouders, de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort *of aanduiding*, het bestuur, de raad van commissarissen, de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen, *en het bestuursorgaan dat zowel uitvoerende als toezicht houdende leden kent.*

richt die aan de rechtspersoon toegerekend kunnen worden.’ Uit de uitspraak van de Hoge Raad leidt Blanco Fernández af dat niet van belang is of de persoon of instantie binnen of buiten de rechtspersoon staat. In gelijke zin onder meer Dijk/Van der Ploeg (2002), p. 74-76.

2.2 Bestuur

2.2.1 Benoeming en ontslag van bestuurders

a. *Huidige regeling*

De bestuurders van een BV worden ingevolge art. 2:242 BW benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De statuten kunnen bepalen dat de benoeming dient te geschieden uit een voordracht van ten minste twee personen. Deze voordracht is in zoverre bindend, dat zij slechts kan worden doorbroken bij een besluit dat is genomen met tweederden van de uitgebrachte stemmen, die samen meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (art. 2:243 BW). Het recht om bestuurders te benoemen impliceert ingevolge art. 2:244 lid 1 BW de bevoegdheid de bestuurders te schorsen en te ontslaan.

b. *Knelpunten*

1. Benoeming en ontslag van bestuurders door aandeelhouders / bindende voordracht

In joint-ventureverhoudingen bestaat vaak de wens dat iedere aandeelhouder zijn 'eigen' bestuurder kan benoemen en ontslaan.¹⁵ Teneinde dit onder het huidige recht te bereiken, zal met bindende voordrachtsrechten moeten worden gewerkt. Daarnaast ontkomen de aandeelhouders er in die gevallen niet aan om stemovereenkomsten aan te gaan, waarin zij overeenkomen om conform de voordracht te stemmen.¹⁶ Een voordracht kan immers, met inachtneming van de daarvoor geldende voorwaarden, steeds worden doorbroken.

2. Voordracht van twee kandidaten

De wet bevat het vereiste dat een voordracht uit ten minste twee personen dient te bestaan. In de praktijk blijkt de tweede persoon op de voordrachtslijst zelden een serieuze kandidaat voor het bestuurderschap te zijn. De naam van deze persoon staat slechts op de voordracht om aan het wettelijk voorschrift van art. 2:243 lid 1 slot BW te voldoen.

15 Zie: Van Duuren (2002), p. 96-97; Ten Berg (2002), p. 182.

16 De Kluiver & Meinema (2002), p. 651. Vgl. Dortmund (2000), p. 8; Van Straten (2004), p. 36-37; en Meinema (2003), p. 198.

3. Ontslagbevoegdheid

Een ander geluid dat in de praktijk wordt gehoord, is de behoefte om de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders toe te kennen aan de raad van commissarissen. De gedachte achter een dergelijke bevoegdheidsverdeling is dat het de raad van commissarissen meer ‘tanden’ geeft om effectiever toezicht uit te kunnen oefenen. Bovendien zouden de kosten van ontslag kunnen worden beperkt. Naar huidig recht kan een bestuurder worden geschorst door de raad van commissarissen (art. 2:257 BW), maar zijn beloning wordt doorbetaald tot aan het ontslag door de algemene vergadering.

c. Kanttekeningen

1. Benoeming en ontslag van bestuurders door aandeelhouders / bindende voordracht

Opgemerkt moet worden dat het gesignaleerde knelpunt bij de benoeming van bestuurders kan worden opgelost door middel van het variëren in stemrecht van de verschillende aandeelhouders bij de besluitvorming ter zake (§ 3.2.2). De Expertgroep meent evenwel dat een wettelijke regeling die directe benoeming door aandeelhouders mogelijk maakt, vanwege haar eenvoud en ondubbelzinnigheid, is gewenst. Een aantal varianten is denkbaar. Aan individuele aandeelhouders zou bijvoorbeeld een wettelijk benoemingsrecht kunnen worden toegekend, of het recht tot het opstellen van een bindende voordracht zonder dat deze kan worden doorbroken door de algemene vergadering.

De eerstgenoemde variant zou analoog aan art. 2:236 NA BW kunnen inhouden dat de benoeming van bestuurders die niet in de akte van oprichting zijn aangewezen geschiedt door de algemene vergadering, voor zover de statuten niet anders bepalen. De Antilliaanse regeling bevat ook een aanvullende regeling voor de ontslagbevoegdheid: tenzij de statuten anders bepalen is het orgaan of degene die de bestuurder heeft benoemd te allen tijde bevoegd die bestuurder te schorsen of te ontslaan. Deze variant brengt weliswaar duidelijkheid en ondubbelzinnigheid met zich mee, maar zou kunnen leiden tot inbreuken in het wettelijk systeem. Een benoemingsbesluit moet als besluit van een orgaan immers steeds toetsbaar zijn aan art. 2:14 BW en art. 2:15 BW.¹⁷ Voorts is de vraag of de aandeelhouder die tot benoeming

¹⁷ Vgl. Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 3; Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997), nr. 37.

bevoegd zou zijn, ook (exclusief) bevoegd moet zijn om deze bestuurder te ontslaan.¹⁸

Een alternatief voor de eerste variant is een regeling die uitgaat van benoeming door de algemene vergadering, maar waarin de statuten kunnen bepalen dat bestuurders rechtstreeks door vergaderingen van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding kunnen worden benoemd. In een joint-venturevennootschap of familievennootschap kunnen dan bijvoorbeeld aan respectievelijk iedere partner of familiestaak aandelen van een andere soort of aanduiding worden uitgegeven, zodat deze een 'eigen' bestuurder kunnen benoemen.

De mogelijkheid tot, en de invulling van, een (bindende) voordrachtsregeling kan in de visie van de Expertgroep geheel worden overgelaten aan de statuten. Een expliciete wettelijke basis hiervoor acht de Expertgroep, gelet op art. 2:242 lid 1 BW, niet nodig. In de toelichting op de wet kan worden opgemerkt dat dit artikel impliceert dat de statuten kunnen voorzien in een (bindende) voordrachtsregeling.

2. Voordracht van twee kandidaten

Zoals blijkt uit hetgeen hierboven is geschreven, meent de Expertgroep dat de bindende voordrachtsregeling in de wet dient te vervallen.

3. Ontslagbevoegdheid

Het kan gewenst zijn dat naast het orgaan dat de bestuurders benoemt, een ander orgaan bevoegd is tot ontslag van deze bestuurders. Op deze wijze wordt bijvoorbeeld de mogelijkheid geboden dat in een joint-venturevennootschap de door iedere aandeelhouder benoemde 'eigen' bestuurder niet alleen door de desbetreffende aandeelhouder, maar ook door de andere aandeelhouders gezamenlijk kan worden ontslagen.

d. Aanbevelingen

1. Benoeming en ontslag van bestuurders door aandeelhouders / bindende voordracht

Het uitgangspunt is dat de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is om bestuurders te benoemen, maar in de statuten kan worden bepaald dat de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding tot benoeming van een of meer bestuurders bevoegd zijn.

18 Bij de NA BV is dit het uitgangspunt, zie art. 2:236 lid 2 NA BW.

De wettelijke regeling inzake de bindende voordracht vervalt. In de statuten kan worden voorzien in (bindende) voordrachten voor de benoeming van bestuurders.

2. Ontslagbevoegdheid

De statuten kunnen de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders, behalve aan het orgaan dat de bestuurders benoemt, tevens toekennen aan een ander orgaan.

Artikel 2:242 BW

1. De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij zij overeenkomstig artikel 272 van dit Boek door de raad van commissarissen geschiedt. *De statuten kunnen bepalen dat bestuurders in plaats van door de algemene vergadering worden benoemd door de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding.*

2. De statuten kunnen de kring van benoembare personen beperken door eisen te stellen waaraan de bestuurders moeten voldoen. De eisen kunnen terzijde worden gesteld door een besluit van de desbetreffende vergadering van aandeelhouders genomen met twee derden van de uitgebrachte stemmen.

Artikel 2:243 BW wordt geschrapt.

Artikel 2:244 BW

1. Iedere bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. *De statuten kunnen bepalen dat een bestuurder ook kan worden ontslagen door een ander orgaan.*

2. Een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken.

3. De statuten moeten voorschriften bevatten omtrent de wijze, waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders.

2.2.2 Plaatsvervangend bestuurder

a. Huidige regeling

De wet schrijft voor dat de statuten een regeling dienen te bevatten over de wijze waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders (art. 2:244 lid 4 BW). Onder ontstentenis moet worden verstaan het ophouden bestuurder te zijn door

ontslag, het neerleggen van zijn functie of overlijden. Onder belet wordt verstaan het tijdelijk niet meer kunnen vervullen van de bestuursfunctie, bijvoorbeeld ten gevolge van schorsing, langdurige ziekte of gedwongen verblijf in het buitenland zonder behoorlijke communicatiemiddelen met de vennootschap.¹⁹

b. Knelpunten

De vraag rijst of naast de bovengenoemde regeling de wet de mogelijkheid moet bieden van een plaatsvervangend bestuurder.²⁰ De plaatsvervangend bestuurder zou tegelijkertijd met de bestuurder kunnen worden benoemd en derhalve meteen kunnen ‘invallen’ op het moment dat zulks wenselijk is. Dit kan vooral van belang zijn in een joint-venturevennootschap waarin iedere aandeelhouder zijn eigen bestuurder ‘benoemt’ (zie § 2.2.1).

c. Kanttekeningen

Volgens sommige auteurs is het benoemen van een plaatsvervangend bestuurder op grond van de huidige wettelijke regeling van ontstentenis en belet van bestuurders reeds mogelijk. De statuten kunnen rechtstreeks een plaatsvervanger aanwijzen of een orgaan aanwijzen dat een plaatsvervangend bestuurder aanwijst.²¹ Een plaatsvervangend bestuurder zou tegelijkertijd met de kandidaatbestuurder kunnen worden voorgedragen en benoemd. Het Antilliaanse recht bevat een uitdrukkelijke wettelijke regeling voor de plaatsvervangend bestuurder in art. 2:12 lid 2 NA BW.²² Aanpassing van de wet op dit punt, acht de Expertgroep niet geboden. Wel zou in de toelichting op de wet kunnen worden verduidelijkt dat een plaatsvervangend bestuurder mogelijk is en dat deze tegelijkertijd met de kandidaatbestuurder kan worden voorgedragen en benoemd. Denkbaar is overigens dat de flexibilisering van de benoeming van bestuurders ertoe leidt dat

19 Zie Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 318.

20 In de praktijk van het verenigings- en stichtingenrecht komt de plaatsvervangend bestuurder voor. Een wettelijke basis is niet aan te wijzen. Wel wordt in art. 2:38 lid 2 BW gewag gemaakt van ‘vervangers’ van de voorzitter en de secretaris van een verenigingsbestuur.

21 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 318. Zie over de plaatsvervangend bestuurder in het verenigingsrecht Dijk/Van der Ploeg (2002), p. 157.

22 Art. 2:12 lid 2 NA BW luidt: De statuten kunnen bepalen dat het orgaan dat een bestuurder benoemt een plaatsvervangend bestuurder kan aanwijzen, die bij belet of ontstentenis van de bestuurder diens taken waarneemt en diens bevoegdheden uitoefent. Een plaatsvervangend bestuurder heeft voor de toepassing van de wet als bestuurder te gelden voor zover het tegendeel niet uit de wet blijkt.

minder behoefte bestaat aan het benoemen van een plaatsvervangend bestuurder.

d. Aanbevelingen

Een bijzondere wettelijke regeling inzake de plaatsvervangend bestuurder is niet geboden. In de toelichting op de wet wordt verduidelijkt dat een plaatsvervangend bestuurder mogelijk is en dat deze tegelijkertijd met de kandidaatbestuurder kan worden voorgedragen en benoemd.

2.2.3 Monistische bestuursstructuur

a. Huidige regeling

In Boek 2 BW wordt bij de BV in beginsel uitgegaan van een scheiding tussen het besturend en toezichthoudend orgaan. Slechts in art. 2:189a BW wordt gewag gemaakt van een orgaan waarin het bestuur en de raad van commissarissen gezamenlijk zitting hebben: de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.

Het bestuur en de raad van commissarissen hebben onderscheiden taken en bijbehorende verantwoordelijkheden. De norm van 2:9 BW vindt weliswaar overeenkomstige toepassing voor de raad van commissarissen (art. 2:259 BW), maar de verschillende taakvervulling leidt tot een verschillend antwoord op de vraag wanneer deze taak onbehoorlijk is vervuld.

b. Knelpunten

In navolging van Anglo-Amerikaanse landen wordt wel de wens geuit dat binnen het bestuursorgaan van een vennootschap onderscheid kan worden gemaakt tussen bestuurders die zijn belast met uitvoerende werkzaamheden (*executive directors*) en bestuurders die meer op afstand staan en toezicht houden op de executives (*non-executive directors*). Een monistisch bestuursstelsel zou, op zichzelf bezien, onder het huidige recht mogelijk zijn.²³ Het

23 Zie: Dumoulin (2004), p. 114; en Dortmund (2003), p. 122. Ook de Nederlandse Corporate Governance Code van 9 december 2003 lijkt in Principe III.8 uit te gaan van de mogelijkheid dat een one tier-model kan bestaan onder huidig recht. Zie in verband met de keuze tussen one tier en two tier bij de SE: Van Veen (2004), p. 122; Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht over het voorstel voor de uitvoeringswet Europese vennootschap (29 309), p. 2-5. In de memorie van toelichting (nr. 3, p. 19) bij het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (29 209), wordt opgemerkt dat voor een aanpassing van Boek 2 BW aan invoering van een monistisch bestuursstelsel, thans onvoldoende aanleiding bestaat.

probleem schuilt echter voornamelijk in het feit dat vanwege de collectieve verantwoordelijkheid voor het gevoerde bestuur, ook de non-executives het risico lopen verantwoordelijkheid te dragen voor de vervulling van de uitvoerende taak door de executives.²⁴

c. Kanttekeningen

Het komt de Expertgroep verstandig voor om, juist in het kader van de flexibilisering van het BV-recht, de verantwoordelijkheden in een one tier-board duidelijk af te bakenen. De mogelijkheid tot het maken van een dergelijk onderscheid moet, gelet op art. 2:9 BW, ernstig worden betwijfeld. Wel zijn er andere alternatieven waarmee een zogenaamde one tier kan worden gerealiseerd. Eén van die alternatieven is een algemeen bestuur – dagelijks bestuur model. Een dergelijk model kent het Antilliaanse BW in art. 2:18. Dit model kan volgens sommigen reeds naar huidig Nederlands recht worden geconstrueerd.²⁵

Een dergelijk model – waarmee op creatieve wijze van de mogelijkheden die het huidige recht biedt, een one tier-board model wordt benaderd – brengt evenwel niet een duidelijke taakafbakening tussen bestuur en toezicht binnen één bestuursorgaan. Ook de leden van het algemeen bestuur blijven uiteindelijk bestuurders.²⁶ Overigens rijst de vraag of een statutair onderscheiden algemeen bestuur en dagelijks bestuur niet meebrengt dat er twee (bestuurlijke) organen worden gecreëerd. Om buiten twijfel te stellen dat de onderscheiden taken bestuur en toezicht op het bestuur binnen één bestuursorgaan kunnen worden verenigd, lijkt een wettelijke regeling onontkoombaar.²⁷

d. Aanbevelingen

De wet maakt naast het huidige bestuursmodel een bestuursmodel mogelijk waarin binnen één bestuursorgaan een taakverdeling wordt gemaakt tussen uitvoerende en toezichthoudende bestuurders. Hierin wordt het met deze taakverdeling gepaard gaande onderscheid in verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid vastgelegd.

24 Vgl. Strik (2003), p. 373-374; Huiskes (2003/I), p. 21; Van den Ingh (2000), p. 142.

25 Zie de literatuur die is genoemd in voetnoot 23. Dit model volgt de Duitse uitvoeringswet van de SE, waarover Neye en Teichmann (2003), p. 176-179.

26 Vgl. Hamers/Schwarz/Zaman (2003), p. 116.

27 Zie ook De Kluiver (2004), p. 38.

2.2.4 Instructiebevoegdheid ten aanzien van het bestuur

a. *Huidige regeling*

Het bestuur is belast met het besturen van de BV (vgl. art. 2:239 lid 1 BW). Het bestuur moet zijn taak autonoom kunnen vervullen.²⁸ Indien de statuten zulks bepalen, is het bestuur ingevolge art. 2:239 lid 4 BW gehouden om aanwijzingen van een orgaan betreffende algemene lijnen van het te voeren beleid, op te volgen. In de statuten moet worden aangegeven op welke terreinen deze aanwijzingen betrekking hebben.²⁹

b. *Knelpunten*

Onduidelijk is of het opnemen in de statuten van een concrete instructiebevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders jegens het bestuur is toegestaan.³⁰ Er bestaat een zekere spanning tussen de wet en de praktijk. Het is eerder regel dan uitzondering dat de moedervennootschap – formeel op basis van haar rechten als aandeelhouder – concrete instructies geeft aan het bestuur van haar dochtervennootschap.

c. *Kanttekeningen*

Er is nog weinig rechtspraak over de uitleg van art. 2:239 lid 4 BW, zodat het moeilijk is om in te schatten of de lijn die is uitgezet door de rechtspraak van voor de invoering van deze bepaling, zal worden voortgezet. Deze lijn houdt, kort gezegd, in dat aan het onderscheid tussen algemene of concrete instructie geen waarde wordt gehecht.³¹ Veeleer gaat het om een inhoudelijke beoordeling van het opvolgen van de instructie.³² Het bestuur heeft een

28 HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 m.nt. Hijmans van den Bergh (Forumbank).

29 De voorloper van deze bepaling in de Departementale richtlijnen 1986 (§ 9 vierde alinea), beperkte de beleidsterreinen ten aanzien waarvan aanwijzingen konden worden gegeven, tot het financiële, sociale, economische en personeelsbeleid. De wet bevat een dergelijke beperking niet: het kan gaan om alle beleidsterreinen, aldus Bartman/Dorresteyn (2003), p. 76. De beleidsterreinen moeten – anders dan onder Departementale richtlijnen – wel in de statuten zijn vermeld. Zie hierover ook Schoonbrood (2002), p. 106-108.

30 Zie enerzijds Van den Ingh (2002), p. 27, anderszijds De Kluiver en Meinema (2002), p. 654. Timmerman (2001), p. 477, meent dat de wet een statutaire bevoegdheid tot het geven van concrete instructies verbiedt maar dat concrete instructies niet zonder meer verboden zijn.

31 Vgl. Bartman/Dorresteyn (2003), p. 79.

32 In de zaak die aan de orde was in Vzng. Rb. Den Haag 7 augustus 2002, JOR 2002/173 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Babcock), was sprake van een concrete instructie. De voorzieningenrechter maakte echter geen onderscheid tussen algemene en concrete instruc-

eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid met betrekking tot het besturen van een vennootschap, en is op basis hiervan niet gehouden een instructie op te volgen die in strijd is met het – concernrechtelijk gekleurde – vennootschappelijk belang.³³ De instructiemacht en -bevoegdheid vinden daar hun grens, waar het opvolgen van de instructie door het bestuur onbehoorlijke taakvervulling oplevert.³⁴

De Expertgroep constateert dat de huidige wettekst niet bij de praktijk aansluit. Er zijn twee mogelijkheden om dit probleem op te lossen: (i) art. 2:239 lid 4 BW wordt aangepast aan de huidige praktijk, bijvoorbeeld door opheffen van het onderscheid tussen concrete en algemene aanwijzingen en door in de bepaling expliciet te vermelden dat het bestuur niet gehouden is instructies op te volgen die in strijd zijn met belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, of (ii) de bepaling wordt geschrapt. De eerstgenoemde optie biedt het bestuur extra legitimatie om een instructie van de algemene vergadering niet op te volgen en kan daarom in de praktijk gewenst zijn.

d. Aanbevelingen

Het onderscheid tussen algemene en concrete aanwijzingen, dat de huidige wettekst impliceert, wordt geschrapt. Voorts wordt bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een ander orgaan, voor zover hierdoor het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming niet wordt geschaad.³⁵

Artikel 2:239 lid 4 BW

ties, maar beoordeelde de instructie inhoudelijk. Deze zaak speelde na de invoering van art. 2:239 lid 4 BW. Zie voor eerdere uitspraken: HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. S.M. Bartman (SOBI/Hurks) en Pres. Rb. Arnhem 10 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

33 Zie Van den Ingh (2002), p. 20. Vgl. OK 9 maart 2000, JOR 2000/99 (Willem III). Onder het begrip vennootschappelijk belang valt ook het belang van de (continuïteit van de) aan de vennootschap verbonden onderneming, aldus Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

34 Het concernbelang is één van de belangen die het bestuur moet afwegen, maar het kan niet doorslaggevend zijn, aldus HR 26 oktober 2001, JOR 2002/2 m.nt. S.M. Bartman (Juno). Het strookt dan niet met een behoorlijke taakvervulling dat het bestuur van een dochter gehouden zou zijn om instructies van de moeder op te volgen, aldus Van der Korst (2002), p. 25.

35 Vgl. Buijn (2002/I), p. 265; en Van den Ingh (2002), p. 21, die aansluiting zoekt bij art. 7:402 BW.

Voor zover de statuten bepalen dat een orgaan van de vennootschap aanwijzingen kan geven aan het bestuur, is het bestuur gehouden deze aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming

2.3 Algemene vergadering van aandeelhouders

2.3.1 Bevoegdheid tot bijeenroepen

a. Huidige regeling

De bevoegdheid om een algemene vergadering bijeen te roepen rust in beginsel bij het bestuur en de raad van commissarissen. De statuten kunnen deze bevoegdheid ook aan anderen toekennen, bijvoorbeeld aan aandeelhouders (art. 2:219 BW). Op grond van art. 2:220 BW kunnen aandeelhouders die ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen op verzoek, door de rechter worden gemachtigd om een buitengewone algemene vergadering bijeen te roepen.

b. Knelpunten

Het uitgangspunt van de wettelijke regeling inzake de bijeenroeping van een algemene vergadering is, dat een individuele aandeelhouder niet zonder tussenkomst van de rechter een vergadering bijeen kan roepen. Hoewel de wettelijke regeling het toestaat om in de statuten aan een individuele aandeelhouder het recht toe te kennen om een algemene vergadering bijeen te roepen, zijn vanuit de praktijk geluiden te horen dat individuele aandeelhouders steeds het recht moeten hebben zonder rechterlijke tussenkomst een algemene vergadering bijeen te roepen.

c. Kanttekeningen

In het verenigingsrecht (art. 2:41 lid 2 BW) hebben leden (die tezamen ten minste 10% van de stemmen vertegenwoordigen of een bij de statuten gesteld lager percentage) steeds het recht om zonder rechterlijke tussenkomst een ledenvergadering bijeen te (doen) roepen. Een dergelijke bevoegdheid kan tot gevolg hebben dat ze door de leden of aandeelhouders (mede) wordt gebruikt om 'dwars te liggen' of anderszins uit onvrede. Hierbij zij echter aangetekend dat zij zijn gehouden om de redelijkheid en billijkheid van art.

2:8 BW in acht te nemen.³⁶ Bij de Antilliaanse BV geldt een soortgelijke regeling als in het Nederlands verenigingsrecht (art. 2:229 NA BW). Daar kan echter iedere aandeelhouder met stemrecht het bestuur of de raad van commissarissen verzoeken om een vergadering bijeen te roepen, mits hij daarbij een redelijk belang heeft. Als het bestuur of de raad van commissarissen (binnen zeven dagen) geen gevolg geeft aan dit verzoek, is de aandeelhouder bevoegd om zelf tot bijeenroeping over te gaan. Een vergelijkbaar systeem geldt bij de Duitse GmbH, maar de verzoeker dient hier ten minste 10% van het kapitaal te vertegenwoordigen (*Selbsthilferecht*, § 50 III GmbHG)³⁷. Bovendien loopt de verzoeker het risico om de kosten die verband houden met de vergadering te moeten dragen indien evident is dat het houden van de vergadering overbodig is geweest.³⁸

Het uitgangspunt van de huidige wettelijke regeling van art. 2:219 BW zou in zoverre kunnen worden gewijzigd dat naast het bestuur en de raad van commissarissen iedere aandeelhouder steeds bevoegd is om een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen, maar dat in de statuten anders kan worden bepaald. De wet zou deze bevoegdheid kunnen koppelen aan een bepaald percentage van kapitaalverschaffing door de verzoeker(s), van welk percentage de statuten alleen ten gunste van de aandeelhouder mogen afwijken.

Een minder vergaande wijziging is om art. 2:220 BW – inzake de rechterlijke machtiging tot bijeenroeping – aldus aan te passen dat het bestuur of de raad van commissarissen gehoor dient te geven aan een verzoek van een aandeelhouder om een algemene vergadering te houden tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.³⁹ Het recht om een dergelijk verzoek te doen is thans toegekend aan de aandeelhouder(s) die ten minste 10% van het kapitaal vertegenwoordig(t)(en). In de statuten kan dit percentage worden verlaagd. De Expertgroep acht het met het oog op de bescherming van minderheidsaandeelhouders wenselijk dat het wettelijk uitgangspunt in zoverre wordt gewijzigd dat iedere aandeelhouder gerechtigd is om een verzoek in de zin van art. 2:220 BW in te dienen.

De Expertgroep merkt overigens op dat door de invoering van het recht van een (minderheids)aandeelhouder om een onderwerp op de agenda van de

36 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Zutphen 20 juni 1990, KG 1990, 250.

37 Schmidt (2002), p. 1096.

38 Lutter/Hommelhoff (2000), p. 761-762.

39 Deze terminologie wordt ook gebruikt op een andere plaats in Boek 2 BW waar het bestuur moet oordelen over verzoeken van aandeelhouders: art. 2:217 lid 2 BW (informatie). Voorts zij gewezen op het voorgestelde art. 2:224a BW (agenderingsrecht), waarover hierna.

algemene vergadering te plaatsen, zijn positie ten opzichte van het orgaan dat tot bijeenroeping – en daarmee tot agendering – bevoegd is, ook al enigszins wordt versterkt.⁴⁰ Het agenderingsrecht komt toe aan de aandeelhouder en de houder van een met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaat van aandeel, die ten minste 1% van het kapitaal verschaft en het agendapunt ten minste 30 dagen voor de algemene vergadering heeft aangedragen. De statuten mogen erin voorzien dat een aandeelhouder/certificaathouder met een lager kapitaalbelang het agenderingsrecht toekomt. In de statuten kan tevens een kortere termijn dan 30 dagen worden opgenomen.

d. Aanbevelingen

Iedere aandeelhouder heeft het recht om het bestuur en de raad van commissarissen te verzoeken een algemene vergadering bijeen te roepen. Het bestuur of de raad van commissarissen is gehouden om aan het verzoek gevolg te geven, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Indien het bestuur geen gehoor geeft aan het verzoek kan de aandeelhouder aan de voorzieningenrechter een rechterlijke machtiging verzoeken.

Artikel 2:220 BW

1. Iedere aandeelhouder is bevoegd het bestuur en de raad van commissarissen schriftelijk en onder nauwkeurige opgave van de te behandelen onderwerpen te verzoeken een algemene vergadering bijeen te roepen. De verzoeker dient een redelijk belang te hebben bij het houden van de vergadering. Het bestuur en de raad van commissarissen geven binnen zes weken gehoor aan het verzoek, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich hiertegen verzet.

2. Indien het bestuur en de raad van commissarissen geen gehoor geven aan het verzoek, kan de verzoeker door de voorzieningenrechter van de rechtbank op zijn verzoek worden gemachtigd tot de bijeenroeping van de algemene vergadering. De voorzieningenrechter wijst dit verzoek af, indien hem niet is gebleken, dat verzoekers aan de hiervoor bedoelde voorschriften hebben voldaan of indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen toewijzing van het verzoek verzet.

3. *Voor de toepassing van dit artikel worden met houders van aandelen gelijkgesteld de houders van de certificaten op naam van aandelen, voor zover*

40 Zie art. 2:224a BW zoals opgenomen in Wetsvoorstel structuurregeling (28 179).

hun vergadergerechtigdheid niet bij de statuten is uitgesloten.

2.3.2 Oproepingstermijn

a. *Huidige regeling*

Als eenmaal is besloten om een vergadering bijeen te roepen, volgt de oproeping van de aandeelhouders. Dit dient ten minste vijftien dagen voor de dag waarop de vergadering wordt gehouden, te geschieden (art. 2:225 BW). De oproeping, die op grond van art. 2:223 BW geschiedt door middel van oproepingsbrieven, bevat tevens de agenda van de vergadering.

b. *Knelpunten*

In de praktijk wordt de wettelijke termijn van vijftien dagen die ten minste tussen oproeping en vergadering moet bestaan, als knelpunt ervaren. In sommige situaties bestaat de behoefte om op veel kortere termijn een vergadering te beleggen. De mogelijkheid die art. 2:238 BW schept om buiten vergadering te besluiten, biedt – vanwege het vereiste dat alle aandeelhouders met het voorliggende besluit moeten instemmen – niet altijd uitkomst. Het voorschrift dat inhoudt dat oproeping voor de algemene vergadering slechts door middel van oproepingsbrieven kan plaatsvinden, roept de vraag op of ook langs elektronische weg kan worden opgeroepen.⁴¹

c. *Kanttekeningen*

De Expertgroep acht het een goede zaak om het vaststellen van de oproepingstermijn geheel aan de statuten over te laten. Een dergelijk uitgangspunt geldt in het verenigingsrecht, waar alleen indien op een vergadering statutenwijziging aan de orde komt een minimumtermijn van zeven dagen door de wet is voorgeschreven.⁴² Op grond van art. 2:53a BW is dit uitgangspunt ook op de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij van toepassing, zijnde rechtsvormen waarbij de leden – evenals de aandeelhouders van een BV – een economisch belang hebben.

41 Zie het consultatiedocument *Moderne communicatiemiddelen en de algemene vergadering van aandeelhouders*, p. 21., www.justitie.nl.

42 In de literatuur wordt aangenomen dat een redelijke termijn in acht moet worden genomen, zie Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997), nr. 310. Bepalen de verenigingsstatuten hierover niets, dan achten Hamers/Schwarz/Zaman (2003), p. 158, een termijn van zeven dagen het minimum.

Voor de Antilliaanse BV geldt de facto⁴³ een minimum oproepingstermijn van zeven dagen (art. 2:230 lid 2 NA BW). Ook in het GmbH-recht is de minimum oproepingstermijn zeven dagen (§ 51 I GmbHG). Uiterlijk drie dagen voor de vergadering moet de agenda (*Tagesordnung*) in het bezit van de aandeelhouders zijn. Indien er binnen drie dagen voor de vergadering nog een agendapunt wordt toegevoegd, kan daarover slechts rechtsgeldig worden besloten als alle aandeelhouders op de vergadering aanwezig zijn.

Teneinde frustratie van het stem- en vergaderrecht van aandeelhouders te voorkomen, komt het de Expertgroep wenselijk voor om een wettelijk vangnet – voor het geval de statuten niets bepalen – in de vorm van een minimumtermijn te creëren. Een minimumtermijn van zeven dagen, lijkt te voldoen. Een kortere termijn kan het onmogelijk maken voor een aandeelhouder om zich behoorlijk voor te bereiden op de vergadering. Het wettelijk voorschrijven van een maximumtermijn voor oproeping van de algemene vergadering, hetgeen onder huidig recht niet het geval is, dient geen belang en is derhalve onnodig.⁴⁴

De Expertgroep meent dat de wet zodanig moet worden aangepast dat de oproeping voor de algemene vergadering ook op elektronische wijze kan plaatsvinden, waarbij gedacht kan worden aan oproeping per e-mail.⁴⁵

d. Aanbevelingen

De wettelijke minimumtermijn voor oproeping van de algemene vergadering wordt gewijzigd van vijftien in acht dagen. De mogelijkheid wordt geboden om in de statuten hiervan af te wijken. De oproeping moet op elektronische wijze kunnen geschieden.

Artikel 2:225 BW

Tenzij de statuten anders bepalen, geschiedt de oproeping niet later dan op de achtste dag voor die der vergadering. Was die termijn korter dan wettelijk of statutair voorgeschreven, of heeft de oproeping niet plaats gehad, dan kunnen geen wettige besluiten worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering, waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoor-

43 De wet bepaalt dat de oproepingstermijn ten minste vijf dagen bedraagt, maar rekent de dag van oproeping en de dag van vergadering niet mee.

44 Een mogelijk gevaar van een lange oproepingstermijn is dat een aandeelhouder de dag van de vergadering vergeet. Dit risico behoort evenwel voor zijn rekening te komen.

45 Vgl. het consultatiedocument *Moderne communicatiemiddelen en de algemene vergadering van aandeelhouders*, p. 22.

digd is.

2.3.3 Geografische plaats van de algemene vergadering

a. *Huidige regeling*

Art. 2:226 BW schrijft voor dat de plaats waar de algemene vergadering moet worden gehouden zich in Nederland dient te bevinden.

b. *Knelpunten*

De geografische plaats waar de vergadering dient plaats te vinden, ergens in Nederland, kan bij een fysieke⁴⁶ vergadering problemen opleveren. Met name indien de aandeelhouders van de vennootschap uit verschillende landen afkomstig zijn, hetgeen bij een joint venture in de vorm van een BV zeer wel denkbaar is, stuit dit voorschrift op bezwaren.

c. *Kanttekeningen*

De tweede zin van art. 2:226 BW, waarin de mogelijkheid wordt geschapen om ‘elders dan behoort’ een rechtsgeldige vergadering te houden mits het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, wordt in de literatuur niet eenduidig uitgelegd.⁴⁷ Voor zover onder het huidige recht al niet mogelijk, is de Expertgroep van mening dat de wet uitdrukkelijk moet toelaten dat de statuten iedere plaats, dus ook een plaats in het buitenland, kunnen aanwijzen voor het houden van een algemene vergadering. Tegen onredelijk gebruik van deze mogelijkheid – denkbaar is dat een plaats wordt aangewezen die voor de minderheidsaandeelhouder uiterst bezwaarlijk is – biedt art. 2:8 lid 2 BW voldoende waarborg. De algemene vergadering is een bron van informatie voor de (minderheids)aandeelhouder, omdat hij op grond van art.

46 Zie over de virtuele – of digitale – vergadering, die via internet plaatsvindt, het consultatiedocument *Moderne communicatiemiddelen en de algemene vergadering van aandeelhouders*, p. 10 e.v. Hierin wordt overigens voorgesteld om het uitgangspunt van een fysieke bijeenkomst niet te verlaten. In het document wordt wel de mogelijkheid geopend dat meer ruimte kan worden geboden aan het deelnemen aan vergaderingen en stemmingen, zonder fysieke aanwezigheid van de aandeelhouder.

47 Volgens Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 270; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 63; Sanders/Westbroek (1998), p. 230, impliceert deze zin dat ook geldig kan worden besloten in een vergadering buiten Nederland. Anders: Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 211, en Pitlo/Raaijmakers (2000), nr. 4.60 jo. 5.90.

2:217 lid 2 BW slechts ter vergadering het bestuur om inlichtingen kan verzoeken.⁴⁸

d. Aanbevelingen

De statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering buiten Nederland plaatsvindt.

Artikel 2:226 BW

De algemene vergaderingen worden gehouden in de gemeente waar de vennootschap haar woonplaats heeft, *tenzij de statuten anders bepalen*. In een algemene vergadering, gehouden elders dan behoort, kunnen wettige besluiten slechts worden genomen, indien het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.

2.3.4 Besluitvorming buiten vergadering

a. Huidige regeling

Toegang tot de algemene vergadering hebben de aandeelhouders, de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten en de bestuurders en commissarissen. Slechts de aandeelhouders kunnen stemrecht uitoefenen in de vergadering (art. 2:227 BW).⁴⁹ Besluitvorming buiten vergadering is ingevolge art. 2:238 BW mogelijk indien: (i) de statuten zulks toelaten, (ii) geen met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen zijn uitgegeven, (iii) besluitvorming met unanimiteit geschiedt, en (iv) de stemmen schriftelijk worden uitgebracht.

b. Knelpunten

De bovengenoemde voorwaarden worden in de praktijk als te star ervaren. Dit geldt in de eerste plaats voor een vennootschap met meer aandeelhouders. Bij een eenpersoonsvennootschap is er echter ook sprake van een knelpunt indien certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven of stemgerechtigde vruchtgebruikers of pandhouders binnen de vennootschap bestaan.⁵⁰ In dat geval kan de enig bestuurder/aandeelhouder

48 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 256; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 203.1. Anders: Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 64.

49 In sommige gevallen kan het stem- of vergaderrecht aan een aandeelhouder zijn ontnomen. Zie art. 2:228 lid 1 BW en art. 2:227 lid 3 BW. In andere gevallen is de vruchtgebruiker of de pandhouder stemgerechtigd (art. 2:197 lid 3/198 lid 3 BW).

50 Boschma (1997), p. 98.

niet volstaan met schriftelijke vastlegging van het besluit dat in hoedanigheid van aandeelhouder is genomen⁵¹, maar moet in vergadering worden besloten.

c. Kanttekeningen

(i) De voorwaarde dat de statuten schriftelijke besluitvorming mogelijk moeten maken, is onnodig belemmerend wanneer tegelijkertijd wordt vereist dat alle aandeelhouders instemmen met besluit, zoals onder het huidige recht het geval is. Het is niet noodzakelijk een statutaire basis te verlangen als de aandeelhouders moeten instemmen met besluitvorming buiten vergadering, hetgeen de Expertgroep voorstelt. Overigens is het in de door de Expertgroep voorgestane regeling denkbaar dat de statuten de mogelijkheid van besluitvorming buiten vergadering, geheel of ten aanzien van bepaalde besluiten, uitsluiten.

(ii) De ratio van het verbod tot besluitvorming buiten vergadering indien met medewerking van de vennootschap certificaten zijn uitgegeven, is dat de wet in art. 2:227 lid 2 BW aan deze groep van certificaathouders de rechten toekent om de vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren. Besluitvorming buiten vergadering frustreert deze vergaderrechten. De Expertgroep is van mening dat besluitvorming buiten vergadering mogelijk moet zijn als er met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen bestaan. De vraag rijst dan onmiddellijk hoe met de vergaderrechten van deze certificaathouders moet worden omgegaan.⁵² De Expertgroep noemt hiervoor als mogelijkheid dat de vergadergerechtigden hun instemming moeten verlenen aan een voorgenomen besluitvorming buiten vergadering.

(iii) Het spreekt voor zich dat alle met betrekking tot de voorliggende onderwerpen stemgerechtigde personen in de gelegenheid worden gesteld om hun stem uit te brengen.⁵³ De Antilliaanse regeling (art. 2:235 NA BW) laat ruimte voor besluitvorming buiten vergadering mits alle aandeelhouders die ter zake stemgerechtigd zijn, stem hebben uitgebracht. Deze regeling heeft als nadeel dat iedere aandeelhouder stem moet uitbrengen. Laat een aandeelhouder dit na, dan is er geen rechtsgeldig besluit. Bij de GmbH (§ 48 II Gm-

51 Vgl. HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 m.nt. J.M.M. Maeijer (Janssen Pers), r.o. 3.3.1.

52 Vgl. De Kluiver & Meinema (2002), die de mogelijkheid opperen dat certificaathouders afstand doen van hun bevoegdheid. Zie in dit verband ook § 2.2.4 inzake de opheffing van het onderscheid tussen certificaten die met en zonder medewerking worden uitgegeven.

53 Vgl. Timmerman (2004), p. 29.

bHG) kan buiten vergadering worden besloten indien alle aandeelhouders, waaronder ook zij die slechts vergaderrecht hebben, zich met de ‘in de vergadering’ te treffen regeling akkoord hebben verklaard óf indien zij met deze wijze van besluitvorming instemmen.⁵⁴ Het laatstgenoemde systeem doet recht aan de positie van de vergadergerechtigden, zonder dat dit ten koste gaat van flexibiliteit. Het vereiste van eenstemmige besluitvorming door alle stemgerechtigde aandeelhouders dient te worden geschrapt.

(iv) De Expertgroep meent dat het vereiste van schriftelijke stemming kan vervallen. Dit staat niet in de weg aan het voorschrift van art. 2:230 lid 4 BW, dat inhoudt dat het bestuur van de door de algemene vergadering genomen besluiten aantekening houdt. Hetgeen buiten vergadering is besloten, kan immers achteraf worden opgetekend.

d. Aanbevelingen

De regeling van besluitvorming buiten vergadering wordt op zodanige wijze vormgegeven dat ook buiten vergadering kan worden besloten indien certificaten zijn uitgegeven. Iedere vergadergerechtigde moet daartoe wel zijn instemming geven ten aanzien van deze wijze van besluitvorming. De huidige wet kent de term vergadergerechtigden niet als zodanig, zodat een bepaling wordt opgenomen waaruit blijkt wie daaronder worden begrepen.

Artikel 2:238 BW

1. Indien alle vergadergerechtigden hiermee instemmen, kan de besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in een vergadering geschieden.

2. Als vergadergerechtigden zijn, naast aandeelhouders, aan te merken: vruchtgebruikers en pandhouders met stemrecht en, voor zover de statuten niet anders bepalen, houders van certificaten van aandelen. Vruchtgebruikers en pandhouders zonder stemrecht worden aangemerkt als vergadergerechtigd indien de statuten dit bepalen en bij de vestiging of overdracht van het vruchtgebruik of vestiging en overgang van het pandrecht niet anders is bepaald.

⁵⁴ Lutter/Hommelhoff (2000), p. 752-753.

2.3.5 Adviserende stem van bestuurders en commissarissen

a. *Huidige regeling*

Op grond van art. 2:227 lid 4 BW kunnen de bestuurders en commissarissen een raadgevende stem uitbrengen in de algemene vergadering. De ratio hiervan wordt in de rechtspraak zo uitgelegd, dat de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid moeten worden gesteld van hun visie te doen blijken opdat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden.⁵⁵ Dit raadplegen is iets anders en gaat verder dan het louter horen van een bestuurder bij een voorgenomen ontslag. Het raadplegen geschiedt in het belang van de vennootschap; het horen met het oog op de belangen van de bestuurder in privé.⁵⁶ Het niet-inacht nemen van dit voorschrift kan thans het – verstrekkende – gevolg hebben dat het genomen besluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW vernietigbaar is.

b. *Knelpunten*

Besluitvorming buiten vergadering kan worden bemoeilijkt door het vereiste dat bestuurders en commissarissen een raadgevende stem in de algemene vergadering toekomt.⁵⁷

c. *Kanttekeningen*

De gedachte achter de raadgevende stem is dat aandeelhouders alvorens te stemmen de opvattingen van het bestuur en de raad van commissarissen kunnen horen. Het komt de Expertgroep gewenst voor dat de bestuurders en commissarissen het recht wordt toegekend om de algemene vergadering bij

55 Zie onder andere: Hof Amsterdam 18 mei 1989, NJ 1990, 591; Rb. Rotterdam 14 maart 2002, JOR 2002/98; Pres.Rb. Roermond 24 december 1991, KG 1992, 54. Blanco Fernández (2002), p. 17 e.v., merkt op dat art. 2:227 lid 4 BW gaat over het recht van de aandeelhouders om door bestuurders en commissarissen te worden geadviseerd omtrent hetgeen ter algemene vergadering wordt behandeld. De verplichting om de bestuurders de gelegenheid te bieden van hun visie te doen blijken, is zijns inziens niet de ratio van deze bepaling.

56 Maeijer in zijn noot (sub 4) bij HR 10 januari 1995, NJ 1995, 595 (Janssen Pers); Schwarz (1996), p. 257; Dortmund (1996), p. 28.

57 Boschma (1997), p. 98, acht het aannemelijk dat de raadgevende stem dan schriftelijk wordt uitgebracht. Volgens Huizink (1995), p. 841; Dortmund (1996), p. 29, en Blanco Fernández (2002), p. 18-19, verplicht art. 2:227 lid 4 BW niet tot het betrekken van bestuurders en commissarissen bij een besluit buiten vergadering. De redelijkheid en billijkheid en het vennootschappelijk belang kunnen volgens Huizink en Dortmund evenwel meebrengen dat het bestuur en de RvC of de individuele bestuurders en commissarissen worden geraadpleegd of gehoord.

te wonen en daarin het woord te voeren. Indien de besluitvorming van de algemene vergadering buiten vergadering plaatsvindt, komt hen dit recht niet toe.

d. Aanbevelingen

Bestuurders en commissarissen hebben het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren. Dit recht komt hen echter niet toe als de besluitvorming buiten vergadering plaatsvindt.

Artikel 2:227 lid 4 BW

Iedere bestuurder en commissaris is bevoegd de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren, tenzij de besluitvorming overeenkomstig art. 2:238 BW geschiedt.

2.4 Raad van commissarissen

2.4.1 Benoeming en ontslag van commissarissen

De regeling van benoeming en ontslag van commissarissen van een BV die niet aan het structuurregime is onderworpen, loopt parallel aan de regeling van benoeming van bestuurders zoals beschreven in § 2.2.1. De Expertgroep meent dat de aanbevelingen die zij in voornoemde paragraaf heeft gedaan *mutatis mutandis* toegepast dienen te worden op de benoemings- en ontslagregeling van commissarissen van een BV die niet aan de structuurregeling is onderworpen, voor zover de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen ten aanzien van het bestuur hierdoor niet wordt geraakt. Zo is het bijvoorbeeld in strijd met de verdeling van bevoegdheden in de vennootschap als naast de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuur bevoegd zou zijn tot ontslag van commissarissen. Daarom laat art. 2:254 lid 1 BW minder ruimte dan art. 2:244 lid 1 BW.

Artikel 2:252 BW

- 1.** De commissarissen die niet reeds bij de akte van oprichting zijn aangewezen, worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, *of indien de statuten zulks bepalen door de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding*, tenzij de benoeming overeenkomstig artikel 268 van dit Boek geschiedt.
- 2.** De statuten kunnen de kring van benoembare personen beperken door eisen te stellen waaraan de commissarissen moeten voldoen. De eisen kun-

nen terzijde worden gesteld door een besluit van de algemene vergadering genomen met twee derden van de uitgebrachte stemmen.

3. Bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een commissaris worden van de kandidaat medegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep, het bedrag aan door hem gehouden aandelen in het kapitaal der vennootschap en de betrekkingen die hij bekleedt of die hij heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden; indien zich daaronder rechtspersonen bevinden, die tot dezelfde groep behoren, kan met de aanduiding van die groep worden volstaan. De aanbeveling en de voordracht worden met redenen omkleed.

Artikel 2:253 BW

Bij de statuten kan worden bepaald dat een of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, zullen worden benoemd door anderen dan *een vergadering van aandeelhouders*. Is de benoeming van commissarissen geregeld overeenkomstig de artikelen 268 en 269 van dit Boek, dan vindt de vorige zin geen toepassing.

Artikel 2:254 BW

- 1.** Een commissaris kan worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming *en, indien de statuten zulks bepalen, door een vergadering van aandeelhouders*.
- 2.** Het tweede en derde lid van artikel 244 van dit Boek zijn van overeenkomstige toepassing.

HOOFDSTUK 3 BESLOTENHEID, AANDELEN EN CERTIFICATEN

3.1 Beslotenheid; extra-verbintenissen, blokkeringsregelingen en kwaliteitseisen

3.1.1 Extra-verbintenissen

a. Huidige regeling

Het uitgangspunt in het huidige recht is dat aan een aandeel steeds stemrecht is verbonden (§ 3.2) en een recht op het delen in de uitkering van winst (§ 4.1.3). Naast de rechten kunnen aan een aandeel ook verplichtingen worden verbonden. In de eerste plaats gaat het hierbij om de wettelijke plicht van iedere aandeelhouder om zijn aandeel vol te storten (art. 2:191 BW). Daarnaast is het echter mogelijk om in de statuten andere verplichtingen aan het aandeel te verbinden. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan afname- en leveringsplichten en de verplichting tot overname van aandelen. Art. 2:192 BW bepaalt dat aan een aandeelhouder tegen zijn wil geen extra verplichtingen kunnen worden opgelegd.

b. Knelpunten

In de literatuur bestaat discussie over statutaire verplichtingen.¹ Deze discussie spitst zich toe op de uitleg van art. 2:192 BW. Er blijkt een aantal onduidelijkheden hieromtrent te bestaan. Een eerste vraag die rijst is, of de bepaling ziet op verplichtingen in de verhouding tussen aandeelhouder en vennootschap en/of tussen aandeelhouders onderling. Voorts speelt de kwestie op welk type verplichtingen art. 2:192 BW ziet. Beslaat de bepaling alle verplichtingen die aan het aandeelhouderschap zijn verbonden of slechts verbintenissen? Verder bestaat verdeeldheid over de vraag of voor het invoeren van een – onder het bereik van art. 2:192 BW vallende – verplichting bij statutenwijziging de instemming van alle aandeelhouders is vereist (unani-

¹ Zie: Van Veen (2003/I), p. 137 e.v.; Dortmund (2003), p. 333 e.v.; Meinema (2003), p. 113 e.v.; Ten Berg (2002), p. 194-195; Rensen (2001), p. 484-485; Leijten (2000), p. 12; Waaijer (1993), p. 64 e.v.; Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 98; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 172.

miteit), dan wel dat een gewone meerderheid volstaat waarbij aandeelhouders die niet- of tegengestemd hebben, niet aan de verplichting zijn gebonden. Ten slotte is de vraag of ook krachtens de statuten extra-verplichtingen moeten kunnen worden opgelegd.

c. *Kanttekeningen*

De Expertgroep acht het van groot belang dat onduidelijkheid over statutaire verplichtingen zoveel mogelijk wordt weggenomen. De vereenvoudigde BV zal immers worden toegepast in situaties waarin partijen, de aandeelhouders, samenwerken. In een dergelijke vennootschap is het eerder denkbaar dat een aandeelhouder tot meer verplicht is dan het volstorten van zijn aandelen.

Naar het oordeel van de Expertgroep zou in de bepaling duidelijk tot uitdrukking moeten komen dat het gaat om verbintenissen, dat wil zeggen vermogensrechtelijke verplichtingen. Verplichtingen van bijvoorbeeld administratieve aard of wijzigingen in de voorschriften die in acht moeten worden genomen bij de overdracht van aandelen, worden dan niet door art. 2:192 BW bestreken en kunnen bij ‘gewone’ statutenwijziging worden ingevoerd. Hiertoe zou allereerst het woord ‘verplichtingen’ in art. 2:192 BW kunnen worden vervangen door ‘verbintenissen’. In de toelichting kan worden uitgewerkt dat dit onder meer kan omvatten verbintenissen tot afname- en toelevering, non-concurrentie, overname van aandelen, bijstorting etc.

De Expertgroep meent dat in art. 2:192 BW expliciet moet worden bepaald dat het ziet op het opnemen in de statuten van verbintenissen van aandeelhouders jegens de vennootschap maar ook op verbintenissen tussen aandeelhouders onderling. De Expertgroep hecht er grote waarde aan dat de extra-verbintenissen duidelijk uit de statuten kenbaar zijn. Daartoe dient in art. 2:192 BW tot uitdrukking te komen dat deze verbintenissen nauwkeurig in de statuten moeten zijn omschreven.² In de toelichting op de wet kan bij wijze van voorbeeld worden vermeld dat een verbintenis niet nauwkeurig is omschreven indien slechts is vermeld dat het bestuur ‘financiële verplichtingen’ kan opleggen.

Voor een statutenwijziging waarbij een verbintenis wordt ingevoerd, is volgens de Expertgroep niet een unaniem besluit van de AVA vereist.³ Het systeem moet aldus worden uitgelegd dat een tegenstemmende (of niet-

2 Zie ook § 19 tweede alinea Departementale Richtlijnen 1986 (vervallen).

3 Vgl. Lutter/Hommelhoff (2000), p. 78, die menen dat bij de GmbH het opnemen van *Nebenleistungspflichten* bij statutenwijziging, de instemming behoeft van ‘jedes *belasteten* Gesellschafter’. Evenzo: Janke (1996), p. 105 e.v., die aansluiting zoekt bij art. 53 III GmbHG.

stemmende) aandeelhouder niet aan de in te voeren verbintenis kan worden onderworpen. Dit laat onverlet dat een aandeelhouder na de invoering van een statutaire verbintenis alsnog daarmee kan instemmen. De Expertgroep stelt voor om hier een nuancering op aan te brengen, welke inhoudt dat de aandeelhouder die na de invoering van de verbintenis onder het bereik van de verbintenis valt, aan de verbintenis is gebonden ook al had hij ten tijde van het besluit tot statutenwijziging tegengestemd of zich van stem onthouden. Het volgende voorbeeld illustreert dit. Een aantal witgoedhandelaren heeft een BV opgericht die de centrale inkoop verricht van de wasmachines en koelkasten die de handelaren in hun winkels verkopen. In de statuten is een bepaling opgenomen op grond waarvan de aandeelhouders (de witgoedhandelaren) verplicht zijn om de koelkasten en wasmachines die zij in hun winkels verkopen, aan te schaffen bij de BV. Steeds meer aandeelhouders van de BV gaan in hun winkels naast koelkasten en wasmachines ook tv's verkopen. Er wordt een statutenwijziging voorgesteld met de strekking dat de aandeelhouders die ook tv's verkopen, verplicht zijn om deze bij de BV te kopen. In de voorgestelde wettekst van de Expertgroep zal een aandeelhouder die op het moment van de statutenwijziging naast koelkasten en wasmachines ook tv's in zijn winkel verkoopt, tegen kunnen stemmen met als gevolg dat hij niet aan de verplichting tot inkoop van tv's bij de BV is gebonden. Dit laat onverlet dat deze aandeelhouder op een later moment alsnog kan instemmen met de verbintenis. Een aandeelhouder die op het moment van de statutenwijziging geen tv's in zijn winkel verkoopt, kan tegen de statutenwijziging stemmen (of zich onthouden van het uitbrengen van zijn stem), maar zodra deze aandeelhouder echter op een later moment tv's gaat verkopen, is hij gehouden om deze in te kopen bij de BV: hij is met andere woorden gebonden aan de bij de statutenwijziging opgenomen afnameverbintenis. Wat er in wezen gebeurt is dat op het moment van het besluit tot statutenwijziging ervan wordt uitgegaan, al dan niet bij wijze van fictie⁴, dat de verbintenis reeds op dat moment geldt. Vervolgens moet dan worden beoordeeld welke aandeelhouders aan de verbintenis zouden moeten voldoen. Deze aandeelhouders kunnen tegenstemmen met het gevolg dat zij niet

4 Als op 1 mei 2004 een verbintenis in de statuten wordt opgenomen die vanaf 1 september 2004 kan worden afgedwongen, moet deze uitgestelde werking buiten toepassing worden gelaten bij de beoordeling welke aandeelhouder eraan gebonden is.

aan de verbintenis zijn verbonden. De wettekst dient hen aan te duiden als betrokken aandeelhouder.⁵

Een ander voorbeeld is dat waarin een vennootschap in de statuten wenst op te nemen dat bij faillissement van de vennootschap de aandeelhouders in het tekort moeten bijdragen. Daargelaten dat dit voorbeeld een regeling inhoudt waarvan gezegd zou kunnen worden dat deze in strijd is met de wet, kan bij de statutenwijziging waarbij een dergelijke regeling wordt voorgesteld iedere aandeelhouder tegenstemmen met als gevolg dat de verplichting niet voor hem zal gelden. De verbintenis treft immers alle aandeelhouders, zij zijn alle betrokken, ook al is het faillissement een onzekere gebeurtenis.

Een waarborg tegen het opleggen van statutaire verbintenissen die niet in overeenstemming zijn met de aard of het belang van de vennootschap, is gelegen in de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Voorts wijst de Expertgroep er op dat een goede en efficiënte wettelijke geschillenregeling hier van betekenis zou kunnen zijn.

De Expertgroep is van mening dat de wet met zoveel woorden dient te bepalen dat verbintenissen ook kunnen worden opgelegd door een orgaan. Hier speelt de kenbaarheid van de verbintenis uit de statuten een grote rol om te voorkomen dat een orgaan over een blanco volmacht beschikt.

De Expertgroep beveelt voorts aan om expliciet in de wet op te nemen dat de statuten erin kunnen voorzien dat een orgaan vrijstelling van een statutaire verplichting kan verlenen.

d. Aanbeveling

In art. 2:192 BW komt duidelijk tot uitdrukking dat het ziet op verbintenissen en dat verbintenissen ook door een orgaan kunnen worden opgelegd. De verbintenis moet in de statuten nauwkeurig zijn omschreven. Verbintenissen die bij statutenwijziging worden ingevoerd, kunnen niet worden tegengehouden aan aandeelhouders die niet met de statutenwijziging hebben ingestemd, als zij aan de uit de verbintenis voortvloeiende verplichting zouden zijn gebonden indien deze ten tijde van het besluit tot statutenwijziging in de statuten zou zijn opgenomen.

5 Vgl. de terminologie in § 19 tweede alinea Departementale Richtlijnen 1986 (vervallen) en art. 53 III GmbHG dat spreekt van 'Zustimmung sämtlicher *beteiligter* Gesellschafter', waarover Janke (1996), p. 106-107.

Artikel 2:192 BW

1. De statuten kunnen bepalen dat andere dan in dit Boek opgenomen verbintenissen, jegens de vennootschap of aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden, mits deze verbintenissen in de statuten nauwkeurig zijn omschreven. De statuten kunnen bepalen dat een daartoe aangewezen orgaan bevoegd is tot het opleggen daarvan of ontheffing kan verlenen van de uit de verbintenis voortvloeiende verplichtingen.

2. Een statutenwijziging waarbij of ten gevolge waarvan een verbintenis als bedoeld in lid 1 aan aandeelhouders wordt opgelegd, geldt niet ten aanzien van een betrokken aandeelhouder die geen stem heeft uitgebracht ten gunste van het voorstel tot statutenwijziging, tenzij hij daarmee nadien heeft ingestemd.

3. Een betrokken aandeelhouder in de zin van lid 2 is een aandeelhouder die aan de uit de verbintenis voortvloeiende verplichting zou zijn gebonden indien deze ten tijde van het besluit tot statutenwijziging in de statuten zou zijn opgenomen.

3.1.2 Blokkeringsregeling / overdraagbaarheid

a. Huidige regeling

Een BV heeft een in aandelen verdeeld kapitaal. Deze aandelen luiden op naam en zijn in beginsel beperkt vrij overdraagbaar, namelijk alleen aan de echtgenoot of geregistreerde partner van de aandeelhouder, zijn bloed- en aanverwanten (in rechte lijn onbeperkt en in zijlijn in de tweede graad) en aan medeaandeelhouders in de BV. In de statuten kan deze vrije kring enigszins worden uitgebreid met betrekking tot bloed- en aanverwanten, maar voor de resterende gevallen zullen de statuten een blokkeringsregeling dienen te bevatten.⁶ De wet onderscheidt hierbij tussen de goedkeurings- en aanbiederingsregeling. In beide regelingen waarborgt de wet dat de overdragende aandeelhouder een waardering kan verlangen van de over te dragen aandelen door een of meer onafhankelijke deskundigen.

⁶ Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 210; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 181.1. Zie ook Dortmund (1989), p. 27 e.v.

b. Knelpunten

1. Verplichte blokkering

De wettelijke regeling geeft in de praktijk vaak aanleiding om in aandeelhoudersovereenkomsten uitwerkingen op te nemen, bijvoorbeeld inzake de prijsbepaling van de aandelen of om bij voorbaat af te zien van de reflectie-rechten uit de blokkeringsregeling. De aandeelhouders zoeken hun toevlucht tot deze contractuele regelingen vanwege de beperkte speelruimte die de wettelijke regeling hen laat.⁷ In het algemeen worden dergelijke overeenkomsten geldig geacht, mits in overeenstemming met de strekking van de blokkeringsregeling.⁸

2. Vrije kring

De kring waarbinnen aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen, is zeer beperkt. Bovendien is de ruimte om deze kring statutair uit te breiden, eveneens zeer beperkt. Groepsmaatschappijen van de vennootschap kunnen er bijvoorbeeld niet onder worden begrepen.

3. Uitsluiting van overdracht

Vooraf in de joint-venturepraktijk is er met regelmaat de behoefte om de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde periode uit te sluiten.⁹ De formulering van art. 2:195 lid 8 BW roept de vraag op of dit kan.

c. Kanttekeningen

1. Verplichte blokkering

In de literatuur bestaat geen eenduidigheid over de noodzaak en wenselijkheid van de verplichte blokkeringsregeling.¹⁰ De wetgever heeft destijds met de blokkeringsregeling het besloten karakter van de BV tot uitdrukking willen brengen.¹¹ Het Europese recht noodzaakt Nederland niet tot het voorschrijven van een verplichte blokkeringsregeling voor de BV.

7 Vgl. Ten Berg (2002), p. 177.

8 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 220; Waaijer (1996), p. 66.

9 Van Duuren (2002), p. 72; Ten Berg (2002), p. 195.

10 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 210, knoopt aan bij het destijds door de Minister van Justitie opgeworpen argument dat de blokkeringsregeling het besloten karakter van de BV benadrukt. Volgens Schwarz (1986), p. 60 e.v. en (2004), p. 32, is een verplichte blokkeringsregeling hier niet voor nodig. In lijn met Schwarz ook: Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 35.

11 Schwarz (1986), p. 48 e.v.; Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 210.

Het dwingende karakter zou aan de blokkeringsregeling kunnen worden ontnomen. Het is dan aan de vennootschappen en hun aandeelhouders overgelaten om te besluiten tot invoering van enige beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen. De regeling zou kunnen luiden zoals thans art. 2:87 BW inzake de blokkering van aandelen op naam van een NV.¹² Dan bestaat er een keuze voor de vennootschap om al dan niet de overdraagbaarheid van aandelen te beperken, maar indien wordt gekozen voor een goedkeurings- en/of aanbiedingsregeling bevat de wet (zie leden 2 en 3) enige dwingende voorschriften, onder meer over de prijs(bepaling) van de aandelen. Denkbaar is ook dat deze regeling in aangepaste vorm wordt overgenomen en wel in zoverre dat beperking van de overdraagbaarheid mogelijk is door een goedkeurings- en/of aanbiedingsregeling waarvan de modaliteiten aan de vennootschap worden overgelaten.

Een andere mogelijkheid is dat de wet de vennootschap *volledig* vrij laat in de invulling van de blokkeringsregeling. Dit laatste systeem kent bijvoorbeeld de Duitse GmbH (§ 15 lid 5 GmbHG) en de Italiaanse Sarl (art. 2469 CC).¹³ Engeland (art. 24 Table A) en Ierland (art. 3 Modelstatuten) kennen modelstatuten die een – aanvullende – bepaling bevatten op grond waarvan het bestuur kan weigeren een nieuwe aandeelhouder in te schrijven in het aandeelhoudersregister.¹⁴

De Expertgroep is van mening dat de BV vrijgelaten moeten worden in de invulling van een beperking van de overdraagbaarheid van aandelen. Ten aanzien van de prijsbepaling van de aandelen vindt zij echter dat een wettelijke regeling aanwezig moet zijn. Een statutaire regeling die hiervan afwijkt is mogelijk, maar werkt niet ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd. Als deze aandeelhouder zijn aandelen overdraagt, is de rechtsopvolger wel aan de statutaire prijsbepalingsregeling gebonden.

2. Vrije kring

Het wettelijk uitgangspunt in het voorstel van de Expertgroep is dat overdracht van aandelen vrij is, maar in de statuten beperkt kan worden.

12 Zie ook: Schwarz (2004), p. 33.

13 Het Belgische en Franse recht kennen voor de BVBA resp. Sarl een soortgelijk systeem als de Nederlandse blokkeringsregeling.

14 De Spaanse SLNE kent geen wettelijke blokkeringsregeling, noch een blokkeringsregeling in de modelstatuten. Niettemin wordt het besloten karakter op andere wijze bewerkstelligd: op grond van art. 133 Ley 1995 mogen ten hoogste vijf natuurlijke personen aandeelhouder zijn van een SLNE. Een enig aandeelhouder van een SLNE mag bovendien niet tegelijkertijd enig aandeelhouder zijn in een andere SLNE.

3. Uitsluiting van overdracht

In de Nederlandse literatuur bestaat onduidelijkheid over de rechtsgeldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten¹⁵ en statutaire bepalingen¹⁶ waarin de overdracht voor onbepaalde tijd wordt beperkt. Verschillende buitenlandse rechtsstelsels bevatten wettelijke regelingen hieromtrent. Zo bepaalt art. 211 NA BW lid 1 dat de overdraagbaarheid van aandelen bij de statuten kan worden beperkt of uitgesloten. De aandeelhouder komt op grond van art. 2:254 lid 1 sub b jo. art. 2:251 NA BW een vordering tot uittreding toe, indien een door hem voorgenomen vervreemding niet kan plaatsvinden omdat een blokkeringsregeling de overdracht uitsluit of uiterst bezwaarlijk maakt. De regeling van de Franse SAS (art. L227-13) beperkt de mogelijkheid tot statutaire uitsluiting van overdraagbaarheid van de aandelen tot ten hoogste tien jaren. In het GmbH-recht is thans de heersende mening dat de overdraagbaarheid van aandelen (*Geschäftsanteile*) kan worden uitgesloten ook al ontbreekt een expliciete wettelijke bepaling daartoe.¹⁷ De Italiaanse wet bevat een bepaling waarin aandeelhouders een uittredingsrecht toekomt, indien in de statuten is bepaald dat de aandelen niet overdraagbaar zijn (art. 2469 CC).

De Expertgroep acht het wenselijk dat in de statuten de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde termijn kan worden uitgesloten.¹⁸ Zij raadt evenwel af om in de wet een algemeen geldende maximumtermijn op te nemen gedurende welke de overdracht kan worden uitgesloten. Het hangt namelijk te zeer van de aard van de vennootschap af welke termijn al dan niet is geoorloofd. Een langere termijn lijkt bijvoorbeeld eerder gerechtvaardigd indien met het opstarten van de onderneming substantiële investeringen zijn gemoed en voor het slagen daarvan een zekere aanlooptijd en daarmee continuïteit noodzakelijk is.¹⁹ De Expertgroep meent dat het wel zinvol is om

15 Zie Meinema (2003), p. 2000; Frielink (1991), p. 180 e.v.; Timmerman (1995), p. 181; Den Boogert (1995), p. 359.

16 Van Veen (2003/I), p. 139; Ten Berg (2002), p. 196; Pitlo/Raaijmakers (2000), nr. 1.95; Scheltema (1936), p. 34, zien mogelijkheden. Waaijer (1996), p. 43; Van Duuren (2002), p. 73; Van der Sangen (2003), p. 34, twijfelen echter. Volgens Den Boogert (1991), p. 74 en (1995), p. 358, en De Monchy (1996), p. 5 en – impliciet – (2002), p. 464, kan een dergelijke regeling niet in de statuten worden opgenomen.

17 Lutter/Hommelhoff (2000), p. 288, die hierbij wel aantekenen dat de aandeelhouder kan uittreden *aus wichtigem Grund*. Evenzo: Van Duuren (2004), p. 7.

18 Evenzo: Kiersch (2003), p. 154.

19 Van Veen (2003/I), p. 139-140.

in de wet op te nemen dat de termijn in een redelijke verhouding staat tot de aard van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Het is denkbaar dat een bepaling op grond waarvan de overdraagbaarheid van de aandelen gedurende een bepaalde termijn wordt uitgesloten niet bij de oprichting, maar later bij statutenwijziging wordt ingevoerd. Om de positie van minderheidsaandeelhouders in die situatie te beschermen, meent de Expertgroep dat een aandeelhouder die niet heeft ingestemd met een bepaling waarbij de overdracht van aandelen wordt uitgesloten, niet aan de *lock-up* is gebonden. Hierdoor kan een aandeelhouder niet tegen zijn wil worden verplicht om gedurende een bepaalde termijn – voor hetzelfde belang – aandeelhouder te blijven in de vennootschap. Als deze aandeelhouder zijn aandelen overdraagt, is de rechtsopvolger wel aan de statutaire lock-up bepaling gebonden.

d. Aanbevelingen

1. Verplichte blokkering

Het dwingendrechtelijke karakter wordt aan de blokkeringsregeling ontnomen. De BV is vrij (i) om overdracht van aandelen te blokkeren, en indien voor blokkering wordt gekozen (ii) op welke wijze zij deze blokkering gestalte geeft.²⁰ Als de statuten een beperking van de overdraagbaarheid bevatten dient de regeling zodanig te zijn dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degene aan wie moet worden overgedragen een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een onafhankelijke deskundige. Bij statuten kan van de voorgaande zin worden afgeweken. Een dergelijke afwijking heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.

2. Uitsluiting van overdracht

De wet bepaalt uitdrukkelijk dat een statutaire uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde termijn mogelijk is. Deze termijn dient in een redelijke verhouding te staan tot de aard van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Een statutenwijziging waarbij de overdraagbaarheid van de aandelen gedurende een bepaalde termijn wordt uitgesloten, heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.

20 Dit heeft onder meer tot gevolg dat art. 2:175 lid 1 tweede zin BW moet gaan luiden: Aandeelbewijzen worden niet uitgegeven: *de aandelen zijn op naam gesteld*.

Artikel 2:195 BW

1. Bij de statuten kan de overdraagbaarheid van aandelen worden beperkt. Een overdracht in strijd met een beperking is ongeldig. De beperking kan niet zodanig zijn dat zij de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt. Hetzelfde geldt voor de toedeling van aandelen uit een gemeenschap.

2. Bevat de beperking van de overdraagbaarheid van aandelen een verplichting tot overdracht van aandelen aan medeaandeelhouders of anderen, dan dient de regeling zodanig te zijn dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degene aan wie moet worden overgedragen een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een onafhankelijke deskundige. Bij statuten kan van de voorgaande zin worden afgeweken. Een dergelijke afwijking heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.

3. De overdracht krachtens legaat geldt voor de toepassing van lid 1 als een overdracht door de erflater.

4. Het uitsluiten van de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde termijn geldt niet als een beperking die overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt, voor zover die termijn in een redelijke verhouding staat tot de aard van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

5. Een statutenwijziging waarbij de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde termijn wordt uitgesloten, heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.

6. Bepalingen in de statuten omtrent de overdraagbaarheid van aandelen gelden niet, indien de houder krachtens de wet tot overdracht van zijn aandeel aan een eerdere houder verplicht is.

3.1.3 Aanbiedings- en overdrachtsplichten

a. Huidige regeling

Op grond van art. 2:195a BW kunnen de statuten voorzien in gevallen waarin de aandeelhouder gehouden is om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen. Een aandeelhouder heeft hierbij steeds de mogelijkheid om de aandelen door een onafhankelijke deskundige te laten waarden opdat hij een reële prijs voor zijn aangeboden aandelen ontvangt.

b. Knelpunten

De Expertgroep signaleert geen echte knelpunten in de regeling van aanbiedings- en overdrachtsplichten, maar doet wel enige aanbevelingen om de regeling te verduidelijken. Uit de literatuur blijkt namelijk dat niet onbetwist

is in welke gevallen een aanbiedings- en overdrachtsplicht kan bestaan.²¹ Voorts kan onduidelijkheid bestaan over de eisen die aan de besluitvorming worden gesteld indien een aanbiedings- en overdrachtsverplichting bij statutenwijziging wordt ingevoerd; kan een aandeelhouder door tegen het voorstel te stemmen gebondenheid aan de aanbiedingsverplichting ontlopen?

c. *Kanttekeningen*

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet herziening preventief toezicht blijkt dat de opstellers van statuten vrij zijn om, binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, overdrachtsverplichtingen te creëren. Verder wordt hierin door de Minister van Justitie opgemerkt dat de omstandigheden die tot aanbieding en overdracht verplichten objectief bepaalbaar dienen te zijn en nauwkeurig in de statuten moeten zijn omschreven.²² De Expertgroep meent dat het zinvol is om deze belangrijke vereisten in de wettekst op te nemen.

Een aanbiedings- en overdrachtsverplichting die bij statutenwijziging wordt ingevoerd, geldt in beginsel voor iedere aandeelhouder. Slechts de aandeelhouder die ten tijde van het besluit tot statutenwijziging tot aanbieding en overdracht verplicht zou zijn op grond van de in te voeren verplichting, kan tegenstemmen (of zich onthouden van het uitbrengen van zijn stem) met als gevolg dat hij niet gebonden is aan deze verplichting. Als bij statutenwijziging bijvoorbeeld een bepaling wordt ingevoerd die inhoudt dat een aandeelhouder die in faillissement verkeert zijn aandelen moet aanbieden en overdragen, kan alleen de aandeelhouder die op het moment van het besluit tot statutenwijziging failliet is, tegenstemmen met het gevolg dat hij niet gebonden is aan de aanbiedings- en overdrachtsverplichting. De Expertgroep adviseert om dit in de wet te verduidelijken.

De Expertgroep merkt op dat in het huidige art. 2:195a lid 3 BW wordt gesproken over 'al zijn aandelen', maar dat in de praktijk de aanbiedingsplicht kan zijn beperkt tot bepaalde aandelen, namelijk de ingevolge lid 1 aangeboden aandelen. Aanpassing van de wettekst, zowel lid 1 als lid 3, op dit punt zou kunnen worden overwogen.

Het dwingendrechtelijke voorschrift inzake de vaststelling van de waarde van de over te dragen aandelen door een onafhankelijke deskundige, dient in

21 Vgl. Meinema (2003), p. 116-117; Van Veen (2003/I), p. 142-143; Schoonbrood (2002), p. 76-77; Rensen (2001), p. 487.

22 Kamerstuk 26 277, memorie van toelichting (nr. 3), p. 8. Het vereiste dat de omstandigheid objectief bepaalbaar moet zijn, stond niet in de voorloper van deze bepaling in (§ 25 van) de Departementale richtlijnen 1986 (vervallen).

de ogen van de Expertgroep regelend recht te zijn; de statuten kunnen dan een andere (methode van) waardebepaling bevatten. Een afwijkende statutaire regeling heeft geen werking jegens de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd. Rechtsopvolgers onder bijzondere titel van deze aandeelhouder zijn wel aan de statutaire regeling gebonden.

d. Aanbevelingen

In art. 2:195a BW wordt opgenomen dat de omstandigheden die een aanbiedings- en overdrachtplicht doen ontstaan, objectief bepaalbaar en in de statuten nauwkeurig omschreven moeten zijn. Voorts wordt verduidelijkt dat de aanbiedingsplicht niet op alle aandelen van een aandeelhouder betrekking hoeft te hebben. Uit de bepaling blijkt dat een aandeelhouder niet is gebonden aan een bij statutenwijziging ingevoerde aanbiedings- en overdrachtplicht indien hij ten tijde van het besluit tot statutenwijziging daaraan zou zijn onderworpen. Een statutaire afwijking van de wettelijke prijsbepalingsregel is mogelijk, maar deze werkt niet ten opzichte van de aandeelhouder die niet met deze regeling heeft ingestemd.

Artikel 2:195a BW

1. De statuten kunnen bepalen dat in gevallen *die objectief bepaalbaar zijn en in de statuten nauwkeurig zijn omschreven*, de aandeelhouder gehouden is *al zijn aandelen of één of meer van zijn aandelen* aan te bieden en over te dragen. De statuten kunnen daarbij bepalen dat zolang een aandeelhouder een statutaire verplichting tot aanbieding of overdracht niet nakomt zijn stemrecht, zijn recht op deelname aan de algemene vergadering en zijn recht op uitkering is opgeschort.

2. *Een statutenwijziging waarbij een regeling als bedoeld in lid 1 wordt ingevoerd, geldt niet ten aanzien van een aandeelhouder die ten tijde van het besluit tot statutenwijziging verkeert in de omstandigheden die door de statutenwijziging verplichten tot aanbieding en overdracht, tenzij hij met de invoering van de regeling heeft ingestemd en ter zake daarvan geen ontheffing heeft bedongen.*

3. De statuten kunnen bepalen dat, indien een aandeelhouder niet binnen een bepaalde redelijke termijn een statutaire verplichting tot aanbieding en overdracht van zijn aandelen is nagekomen, de vennootschap onherroepelijk gevolmachtigd is de aandelen aan te bieden en over te dragen. Wanneer er geen gegadigden zijn aan wie de aandeelhouder zijn *ingevolge lid 1 aangeboden* aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten, ontbreekt de volmacht *en is hij onherroepelijk ontheven van de plicht tot aanbieding en overdracht.*

4. 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 een of meer onafhankelijke deskundigen. Een van de vorige volzin afwijkende statutaire regeling heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.

3.1.4 Kwaliteitseisen

a. Huidige regeling

Artikel 2:195b BW bevat een regeling omtrent het stellen van statutaire kwaliteitseisen aan aandeelhouders. Indien de statuten dergelijke eisen bevatten, heeft dit in beginsel tot gevolg dat overdracht van aandelen aan een (rechts)persoon die niet aan deze eisen voldoet goederenrechtelijk onmogelijk is. In dit geval spreekt men wel van 'verkrijgingsonbevoegdheid'.²³ In zoverre kan men kwaliteitseisen zien als een soort blokkeringsregelingen. De beslotenheid van de vennootschap wordt op deze wijze mede bepaald.

b. Knelpunten

1. Uittreedmogelijkheid

Een in de statuten opgenomen kwaliteitseis kan inhouden dat slechts aandeelhouder kunnen zijn, zij die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst, hieronder begrepen een joint-ventureovereenkomst.²⁴ Deze eis kan er echter toe leiden dat een aandeelhouder die zijn aandeelhouderschap wenst te beëindigen door de verkoop van de door hem gehouden aandelen, dit feitelijk niet kan. Om een overdracht te kunnen realiseren, zal immers de beoogde verkrijger van de aandelen moeten toetreden tot de overeenkomst. Voor deze toetreding is instemming van de partijen bij die overeenkomst vereist. Willen deze partijen de beoogde verkrijger niet als partij bij de overeenkomst en dus niet als aandeelhouder, dan moet de verkopende aandeelhouder een andere gegadigde zoeken. Het gevolg kan zijn dat een aandeelhouder aandelen houdt, die *de facto* niet overdraagbaar zijn.²⁵ Deze situatie is onwenselijk en bovendien in strijd met het algemeen beginsel van negatie-

23 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 217; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 35. De goederenrechtelijke werking strekt zich ook uit over de uitgifte van aandelen aan een verkrijgingsonbevoegde, zie Voogd (1989), p. 156.

24 Zie: Van Veen (2003/II), p. 588; Portengen (2002), p. 842; Ten Berg (2002), p. 198.

25 Van Veen (2003/II), p. 588.

ve verenigingsvrijheid (art. 11 EVRM).²⁶ Het is immers de vraag of de overnameprocedure (art. 2:343 BW) in het kader van de geschillenregeling voor deze situatie steeds een – adequate – oplossing biedt.

2. Niet langer voldoen aan kwaliteitseisen

Een ander knelpunt dat zich ten aanzien van kwaliteitseisen kan voordoen, is de situatie waarin alle aandeelhouders ten tijde van de besluitvorming niet meer voldoen aan een kwaliteitseis.²⁷ Het gevolg daarvan kan zijn dat – indien de statuten aan non-conformiteit met de eis opschorting van het stemrecht verbinden – de aandeelhouders hun stemrecht niet kunnen uitoefenen, zie immers art. 2:195b lid 1 BW, waardoor een impasse ontstaat.

3. Invoeren van kwaliteitseis bij statutenwijziging

Over het invoeren van een kwaliteitseis bij statutenwijziging bestaat onduidelijkheid, althans voor zover aan het niet langer voldoen aan die kwaliteitseis de sanctie is verbonden dat het stem- of vergaderrecht wordt geschorst of het recht op uitkeringen wordt opgeschort. In de literatuur oordeelt men verschillend over de voorwaarden die gelden voor een dergelijke statutenwijziging: moeten alle aandeelhouders ermee instemmen of zijn de aandeelhouders die niet aan het vereiste voldoen en tegenstemmen niet aan de eis onderworpen?²⁸

c. Kanttekeningen

1. Uittreedmogelijkheid

De Expertgroep meent dat een aandeelhouder die zijn aandelen niet kan overdragen vanwege een statutaire kwaliteitseis, moet kunnen uittreden.

26 Vgl. hierover: Vossestein in zijn annotatie bij EHRM 12 december 2002, JOR 2003/224; Van Veen (2003/II), p. 588 (m.n. voetnoot 47); en Bartman (2002), p. 39.

27 Zie ook Van Mourik (1999), p. 102. In de nota van naar aanleiding van het verslag (nr. 5), p. 10, bij het wetsvoorstel Herziening preventief toezicht (26 277) werd de opname van een soortgelijke bepaling (maar geldend voor alle rechtspersonen van Boek 2 BW) door de Minister van Justitie afgewezen omdat deze niet eenvoudig zou zijn in te passen en tot ongelijkheid (achteraf) onder aandeelhouders kon leiden: 'Hoewel de ene aandeelhouder gedwongen wordt om zijn aandelen over te dragen, zou zijn medeaandeelhouder, die slechts korte tijd daarna als laatst overgebleven aandeelhouder eveneens de vereiste kwaliteit verliest, niet behoeven over te dragen. Hij zou in staat zijn het stemrecht uit te oefenen, de statuten van de vennootschap naar zijn hand te zetten, en daarvoor een aandelenoverdracht permanent kunnen afwenden.'

28 Zie Van Veen (2003/I), p. 146; Dortmund (2003), p. 335; Meinema (2003), p. 119; Schoonbrood (2002), p. 83; Rensen (2001), p. 487.

Opgemerkt kan worden dat de vennootschap een uittreedmogelijkheid in de statuten kan opnemen. De vraag rijst dan echter wat rechtens is indien de statuten hierin niet voorzien. De Expertgroep acht in dit verband een adequate wettelijke voorziening die het uittreden mogelijk maakt, wenselijk. Een wettelijke regeling zal, teneinde uittreding van de aandeelhouder mogelijk te maken, kunnen voorzien in een overnameverplichting voor de overige aandeelhouders in de BV.²⁹ Een regeling die daarin voorziet kent Boek 2 BW reeds voor de BV in de geschillenregeling, op grond waarvan een aandeelhouder kan uittreden indien zijn belangen worden geschaad door gedragingen van andere aandeelhouders (art. 2:343 BW). Deze regeling kan op het bovenstaande geval met zoveel woorden van overeenkomstige toepassing worden verklaard. In dit verband kan worden gewezen op art. 2:254 lid 1 sub b NA BW. Deze bepaling geeft, door middel van toepassing van de geschillenregeling, een uittreedrecht aan de aandeelhouder die zijn aandelen wenst te vervreemden maar daar vanwege een knellende blokkeringsregeling niet in slaagt. Anders dan in de Nederlandse geschillenregeling, kan in de voorgestelde Antilliaanse regeling de aandeelhouder de vordering jegens de vennootschap instellen. Indien de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing zou worden verklaard, is het zeer wenselijk dat de procedure op snellere wijze dan thans het geval is kan worden doorlopen.³⁰ Zie ook hoofdstuk 1 § 17.

2. Niet langer voldoen aan kwaliteitseisen

Art. 2:195b lid 1 BW kan worden aangevuld met een zinsnede welke inhoudt dat een opschorting van stemrecht, dat bij wijze van sanctie op het niet langer voldoen aan een kwaliteitseis is gesteld, vervalt indien geen van de aandeelhouders aan een kwaliteitseis voldoet. Hierdoor wordt een patstelling binnen de vennootschap vermeden. Een dergelijke regeling, of een afgeleide daarvan (bijvoorbeeld: ontheffing indien 50% van de aandeelhouders niet meer aan de eis voldoen) kan ook reeds onder het huidige recht in de statuten worden opgenomen.

29 Tenzij wordt gekozen voor de in het Nederlandse recht onbekende figuur van gedwongen intrekking van aandelen door de vennootschap, waartegenover een recht op vergoeding van de werkelijke waarde van het aandeel van de aandeelhouder staat.

30 Leijten (2000), p. 3 e.v., is kritisch over de duur van de geschillenprocedure, die wel acht jaren kan bedragen.

3. Invoeren van kwaliteitseis bij statutenwijziging

In art. 2:195b BW dient te worden bepaald dat een statutenwijziging waarbij, of ten gevolge waarvan, de sancties van schorsing van het stem- of vergaderrecht en opschorting van het recht op uitkeringen worden verbonden aan het niet langer voldoen aan een kwaliteitseis, niet gelden voor de aandeelhouder die ten tijde van het besluit tot statutenwijziging niet aan die eis voldoet en tegen het voorstel stemt (of zich onthoudt van het uitbrengen van zijn stem). Een aandeelhouder die niet aan het vereiste voldoet maar wel met de statutenwijziging instemt, is onderworpen aan het vereiste en de sanctie.³¹ Een besluit tot statutenwijziging waarbij een kwaliteitseis wordt ingevoerd, zou anders de facto een besluit tot uitstoting kunnen zijn.

Dikwijls bepalen de statuten dat bij het niet-voldoen aan een kwaliteitseis de aandeelhouder gedwongen is om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen. De invoering van een dergelijke 'sanctie' wordt beheerst door art. 2:195a BW (§ 3.1.3).

d. Aanbevelingen

1. Uittredmogelijkheid

De geschillenregeling wordt zodanig aangepast dat een door een kwaliteitseis bekelde aandeelhouder steeds – op korte termijn – kan uittreden.

2. Niet langer voldoen aan kwaliteitseisen

In de wet wordt opgenomen dat een opschorting van het stemrecht vervalt als geen van de aandeelhouders aan een kwaliteitseis voldoet.

3. Invoeren van kwaliteitseis bij statutenwijziging

Art. 2:195b BW wordt verduidelijkt voor zover het betreft de invoering bij statutenwijziging van kwaliteitseisen waaraan sancties zijn verbonden. Een aandeelhouder die niet aan het vereiste voldoet, kan tegenstemmen (of zich onthouden van uitbrengen van zijn stem) met als gevolg dat deze niet aan de eis is gebonden. Een statutaire afwijking van de wettelijke prijsbepalingsregel is mogelijk, maar deze werkt niet ten opzichte van de aandeelhouder die niet met deze regeling heeft ingestemd.

31 Vgl. § 24 zesde alinea Departementale richtlijnen 1986 (vervallen).

Artikel 2:195b BW

1. *Aan het aandeelhouderschap kunnen in de statuten eisen worden gesteld. De statuten kunnen bepalen dat een orgaan van de vennootschap vrijstelling van een vereiste kan verlenen.*

2. *De statuten kunnen bepalen dat van de aandeelhouder die niet of niet langer aan in de statuten gestelde eisen voldoet, het stemrecht, het recht op deelname aan de algemene vergadering en het recht op uitkeringen is opgeschort. Een statutenwijziging waarbij of tengevolge waarvan een regeling als bedoeld in de vorige zin wordt ingevoerd, geldt niet ten aanzien van een aandeelhouder die ten tijde van het besluit tot statutenwijziging niet aan de desbetreffende eisen voldoet, tenzij hij met de invoering van de regeling heeft ingestemd en ter zake daarvan geen ontheffing heeft bedongen.*

3. *Indien geen van de aandeelhouders aan de eisen voldoet, vervalt de daaraan verbonden opschorting van het stemrecht.*

4. *Indien de aandeelhouder op grond van lid 2 een of meer van de daar genoemde rechten niet kan uitoefenen en de aandeelhouder niet gehouden is zijn aandelen aan te bieden en over te dragen, is hij onherroepelijk van de in statuten gestelde eisen ontheven wanneer de vennootschap niet binnen drie maanden na een verzoek daartoe van de aandeelhouder gegadigden heeft aangewezen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten.*

5. *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 een of meer onafhankelijke deskundigen. Een van de vorige volzin afwijkende statutaire regeling heeft geen werking ten opzichte van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd.*

3.2 Aandelen en certificaten

3.2.1 Aandelen zonder stemrecht

a. Huidige regeling

Het stemrecht is een van de meest essentiële rechten die thans aan het aandeel is verbonden. Dat de wetgever zich ook op dit standpunt stelt, blijkt uit het wettelijk uitgangspunt dat aandelen zonder stemrecht bij de BV niet zijn toegelaten, zie art. 2:228 lid 1 BW. Slechts in bijzondere gevallen is er sprake

ke van een aandeelhouder die zijn stemrecht niet kan uitoefenen.³² De statuten kunnen bepalen dat het stemrecht van een aandeelhouder die zijn wettelijke of statutaire verplichtingen niet nakomt (art. 2:228 lid 1 slot BW) of niet langer voldoet aan een statutaire kwaliteitseis (art. 2:195b lid 1 BW), wordt geschorst. Daarnaast komt het geregeld voor dat de Ondernemingskamer in het kader van de enquêteprocedure bij wijze van voorlopige voorziening het stemrecht van een aandeelhouder schorst.³³

b. Knelpunten

Onder omstandigheden kan het wenselijk zijn voor een BV om stemrechtloze aandelen uit te geven.³⁴ Een voorbeeld is de situatie waarin een vennootschap haar werknemers de mogelijkheid wil bieden om te participeren in de vennootschap. Hiermee beoogt een vennootschap deze werknemers financieel te laten deelnemen, hetgeen een prikkel kan vormen voor de betrokkenheid en productiviteit van de werknemers. Thans vindt werknemersparticipatie veelal plaats door middel van het uitgeven van certificaten van aandelen aan de werknemers. In joint-ventureverhoudingen of familievennootschappen kunnen stemrechtloze aandelen van betekenis zijn teneinde het eigen vermogen te vergroten zonder dat de bestaande zeggenschapsverhoudingen tussen de aandeelhouders wijzigt.³⁵ Denkbaar is voorts dat een bank of een financieringsmaatschappij, als onderdeel van de tegenprestatie voor het beschikbaar stellen van financiële middelen, behoefte heeft aan aandelen waaraan zij onder bepaalde voorwaarden of ten aanzien van bepaalde besluiten stemrecht ontleent.

32 Vgl. de vruchtgebruiker en de pandhouder die stemrecht kunnen uitoefenen (art. 2:197/198 lid 3 BW).

33 Zie bijvoorbeeld: OK 31 augustus 2001, JOR 2001/217 (Bug Byte BV; einde maken aan de gevolgen van hoog opgelopen conflicten tussen aandeelhouders die de continuïteit van dochtervennootschappen bedreigen) en OK 7 augustus 2002, JOR 2002/193 (Scheipar BV; doorbreken van impasse in besluitvorming).

34 Volgens Schwarz (1990), p. 20, is het aandeel zonder stemrecht een financieringsinstrument dat is toegesneden op de belegger, zodat als eis gesteld kan worden dat het aandeel zonder stemrecht steeds aan toonder moet luiden en derhalve alleen door een NV kan worden uitgegeven.

35 Van Duuren (2002), p. 104-105; Buijs (1995), p. 55.

c. *Kanttekeningen*

In verscheidene landen kunnen stemrechtloze aandelen worden uitgegeven.³⁶ Soms stelt de wet voorwaarden aan de uitgifte. Bij de Antilliaanse BV moet – uit de aard der zaak – ten minste één aandeel uitstaan waaraan wel stemrecht is verbonden.³⁷ In de Belgische, Spaanse en Italiaanse regeling mogen de stemrechtloze aandelen ten hoogste 33,33% (België) en 50% (Spanje en Italië) bedragen van het geplaatste kapitaal.³⁸

Voorts wordt de uitgifte van stemrechtloze aandelen in een aantal landen beperkt doordat er ten minste een winstrecht aan deze aandelen moet zijn verbonden.³⁹ Het Belgische recht stelt daarbij de meest uitgebreide voorwaarden.⁴⁰ Ook voor de Franse SA geldt dat de statuten mogen voorzien in preferente aandelen zonder stemrecht (art. L225-126 jo. 228-12).

Bij de BVBA worden stemrechtloze aandeelhouders daarenboven beschermd, doordat deze in bepaalde gevallen toch stemrecht mogen uitoefenen. Zo bepaalt art. 240 WvV dat ook stemrechtloze aandelen stemrecht hebben in bijzondere gevallen: 1° ingeval de rechten verbonden aan de aandelen worden gewijzigd; 2° wanneer de algemene vergadering zich moet uitspreken over de vermindering van het maatschappelijk kapitaal, de wijziging van haar doel, de omzetting van de vennootschap, of over de ontbinding, de fusie en de splitsing van de vennootschap; 3° wanneer de preferente en overdraagbare dividenden gedurende drie opeenvolgende boekjaren, niet volledig betaalbaar werden gesteld. Ook bij de Franse SAS vereist de wet voor sommige besluiten unanimiteit van alle aandeelhouders, zoals het besluit tot omzetting (art. L227-3) en tot wijziging van statutaire bepalingen

36 Vgl. de NA BV (art. 2:232 NA BW); GmbH (§ 47 jo. 45 II GmbHG), Ltd (s. 370 Companies Act 1985), SLNE (Ley 1995 art. 42bis) en de Italiaanse SaRL (art. 2468 CC).

37 Zie hierover ook: Frielink (2003), p. 53. Dit geldt ook voor de GmbH, zie Baumbach/Hueck/Fastrich (1996) § 14, 13.

38 Zie ook: Schwarz (1990), p. 20 e.v.

39 Vgl. voor het Duitse recht BGH NJW 1954, p. 1563, waarin het BGH overwoog dat 'ernstlich kaum bezweifelt werden [kann], daß derjenige, der kein Stimmrecht, kein Gewinnrecht und keinen Liquidationsanteil besitzt, kein Gesellschafter ist.' Ook in art. 200 lid 3 NA BW, komt deze gedachte tot uitdrukking: 'Rechten die stemrecht noch aanspraak op winstuitkering omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.'

40 Art. 240 WvV bepaalt dat stemrechtloze aandelen recht moeten geven op een preferent en, tenzij anders bepaald in de statuten, overdraagbaar dividend waarvan het bedrag wordt vastgesteld bij de uitgifte, en op een recht in de uitkering van het winstoverschot, dat niet lager mag zijn dan datgene dat is toegekend aan de aandelen met stemrecht; en zij moeten een voorrecht verlenen op de terugbetaling van de kapitaalbreng, in voorkomend geval vermeerderd met de uitgiftepremie, alsook een recht in de uitkering van het na vereffening overblijvende saldo.

inzake de blokkeringsregeling en de voorwaarden van verplichte overdracht van de aandelen (art. L227-19). Naar Duits recht kan het stemrecht slechts met instemming van de betrokken aandeelhouders worden uitgesloten, tenzij bij de uitgifte van de aandelen reeds was voorzien in deze mogelijkheid.⁴¹ Bij de Italiaanse Sarl kunnen daarentegen in beginsel stemrechtloze aandelen worden gecreëerd, zonder dat de wet de instemming van de betrokken aandeelhouders lijkt te vereisen (vgl. art. 2468 CC). In Engeland kunnen eveneens stemrechtloze aandelen worden gecreëerd. Op grond van s. 370 Companies Act 1985 is aan ieder aandeel één stem verbonden, tenzij de statuten anders bepalen.⁴²

De vraag of stemrechtloze aandelen in Nederland zouden moeten worden ingevoerd moet worden gezien in het licht van de huidige Nederlandse context. Nederland kent enerzijds certificaten van aandelen, anderzijds statutaire winstrechten.

Het verschil tussen stemrechtloze aandelen en certificaten is in de eerste plaats dat aandelen worden uitgegeven door de vennootschap, terwijl certificering in beginsel een contractuele aangelegenheid is tussen aandeelhouder en certificaathouder. In de tweede plaats moeten de belangen van de certificaathouder worden behartigd door een aandeelhouder, te weten het administratiekantoor, terwijl de stemrechtloze aandeelhouder in beginsel geen belangenbehartiging kent.⁴³ In de derde plaats kent de wet aan de certificaathouder op een aantal plaatsen dezelfde rechten toe als de aandeelhouder. Het is de vraag of stemrechtloze aandeelhouders ook vergaderrecht zouden moeten hebben. In sommige landen hebben stemrechtloze aandeelhouders wel het recht de vergadering bij te wonen (Duitsland, België, Italië), in andere landen juist niet (Engeland, Frankrijk). Het Belgische recht kent zowel stemrechtloze aandelen (sinds 1991) als certificaten van aandelen (sinds 1998).

Het invoeren van stemrechtloze aandelen in Nederland is een complexe aangelegenheid. In de eerste plaats rijst de vraag naar de afbakening met het

41 Meinema (2003), p. 61.

42 Vgl. art. 54 Table A.

43 Schwarz (1990), p. 11 (in voetnoot 27), merkt op '[...] dat het AK bij uitoefening van het stemrecht op de aandelen, het (financieel) belang van certificaathouders zwaar moet laten wegen. Op deze wijze valt een vorm van indirecte zeggensmacht te construeren, waarvan de omvang zal afhangen van administratievoorwaarden en de feitelijke verhouding van certificaathouders tot administratiekantoor. Zodanige situatie is ten aanzien van o-aandeelhouders [houders van aandelen zonder stemrecht] niet waarneembaar.'

statutair winstrecht.⁴⁴ Immers, een aandeelhouder brengt vermogen in en verkrijgt als ‘tegenprestatie’ in hoofdlijnen vergader- en stemrecht en een recht op uitkering van winst en liquidatiesaldo. Bij het stemrechtloos aandeel wordt het stemrecht van het aandeel ‘weggesneden’ en resteert een rechtsverhouding die slechts omvat een recht op uitkering van winst en liquidatiesaldo. Op deze wijze ontstaat een instrument dat gelijkenis vertoont met een statutair winstrecht, dat immers ook tegen inbreng kan worden uitgegeven.⁴⁵ Het verschil tussen een stemrechtloos aandeel en een winstbewijs is echter duidelijk aanwezig indien de houder van een stemrechtloos aandeel onder bepaalde omstandigheden of ten aanzien van bepaalde besluiten wél stemrecht kan uitoefenen; een bijzonder stemrecht. Dit is bijvoorbeeld het geval in de regeling van de Belgische BVBA. Denkbaar is dat het bijzonder stemrecht geldt in de gevallen waarin het financieel belang van de stemrechtloze aandeelhouder in het geding is.⁴⁶ Hierbij gaat het onder meer om besluiten omtrent uitkering en emissie van aandelen zonder voorkeursrecht. Indien Nederland zou overgaan tot de invoering van stemrechtloze aandelen bij de BV, rijst de vraag of, en zo ja, welke, overige rechten aan houders van stemrechtloze aandelen moeten worden toegekend. De wet zou kunnen bepalen dat de stemrechtloze aandeelhouder dezelfde rechten heeft als de houder van een met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaat.⁴⁷ De stemrechtloze aandeelhouder van een BVBA of een GmbH is gerechtigd deel te nemen aan de algemene vergadering. Ten aanzien van de GmbH is opgemerkt dat van dit recht geen afstand kan worden gedaan (*unverzichtbar* is), omdat het dient ter ondersteuning van een eventuele vernietigingsactie: door zijn aanwezigheid bij de algemene vergadering kan de aandeelhouder zich ervan vergewissen of de besluitvorming conform de wet en statuten geschiedt.⁴⁸ Bij de private company is het recht op deelname aan de algemene vergadering gekoppeld aan het stemrecht. Als een aandeelhouder geen stemrecht heeft, mag hij in beginsel ook niet deelnemen aan de algemene vergadering.⁴⁹

44 Vgl. Den Boogert (1992), p. 12; Sanders/Westbroek (1998), p. 120.

45 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 198, waarin winstbewijzen die zijn uitgegeven tegen inbreng worden aangeduid met de term participatiebewijzen. Evenzo: Baert (1999), p. 132.

46 Schwarz (1990), p. 11 e.v., oppert de mogelijkheid om stemrecht toe te kennen in die gevallen waarin de vermogenswaarde van de stemrechtloze aandelen ernstig dreigt te worden aangetast.

47 In deze zin: Buijs (1995), p. 57.

48 Zie Meinema (2003), p. 61-62.

49 *Re Mackenzie & Co Ltd* [1916] 2 Ch 450, in: Farrar, p. 313.

De Expertgroep meent dat de vele complicaties die de invoering van stemrechtloze aandelen bij de BV met zich brengt, niet opwegen tegen de voordelen daarvan. Een groot deel van de voordelen van stemrechtloze aandelen kan ook worden behaald met certificering van aandelen en de uitgifte van statutaire winstbewijzen. Hierbij wijst de Expertgroep er op dat in haar voorstel de statuten aan houders van certificaten, ook als de vennootschap aan de certificering heeft meegewerkt, het vergaderrecht kunnen onthouden (§ 3.2.3), terwijl aan stemrechtloze aandelen doorgaans bijzonder stemrecht wordt gekoppeld.⁵⁰ Het voorstel van de Expertgroep dat de statuten kunnen variëren in de toekenning van stemrecht (§ 3.2.2), zal er bovendien toe leiden dat minder behoefte zal bestaan aan stemrechtloze aandelen.

d. Aanbevelingen

De invoering van aandelen zonder stemrecht wordt afgewezen, omdat (i) certificaten en statutaire winstbewijzen reeds mogelijk zijn, (ii) gedifferentieerd stemrecht conform art. 2:228 (nieuw) BW mogelijk wordt, en (iii) een gecompliceerde regeling (zie buitenlandse voorbeelden) moet worden vermeden.

3.2.2 Aandelen met gedifferentieerd stemrecht

a. Huidige regeling

Het wettelijk uitgangspunt is dat de stemrechtverdeling binnen de vennootschap geschiedt naar evenredigheid, gemeten aan (i) het aandelenbezit indien de nominale waarde van de aandelen gelijk is (art. 2:228 lid 2 BW), of (ii) de nominale waarde indien deze niet voor alle aandelen hetzelfde bedraagt (art. 2:228 lid 3 BW). Op grond van art. 228 lid 4 en 5 BW kan hiervan beperkt worden afgeweken.

⁵⁰ Baert (1999), p. 131-133, ziet hierin een voordeel van certificering boven aandelen zonder stemrecht. Hij beschouwt de certificering van aandelen naar Nederlands model als een alternatief voor aandelen zonder stemrecht en participatiebewijzen. Het voornaamste probleem bij de certificering naar Belgisch recht is zijns inziens dat de regeling niet zo sluitend kan worden gemaakt als in Nederland, omdat de Belgische wetgever beperkingen heeft gesteld ten aanzien van niet-royeerbare certificaten. Bij wetwijziging van 28 januari 2003 is art. 242 WvV aangepast: niet-royeerbaarheid kan sindsdien in tijd onbeperkt zijn (Belgisch Staatsblad 21 februari 2003).

b. Knelpunten

De huidige wettelijke regeling van het stemrecht in art. 2:228 BW biedt weinig ruimte tot differentiatie in stemrecht van aandeelhouders. Slechts de leden 4 en 5 voorzien in de mogelijkheid van respectievelijk degressief stemrecht en absolute beperking van het stemrecht. Deze voorschriften blinken niet uit in helderheid⁵¹ en de mogelijkheden ervan worden in de praktijk zelden gebruikt.⁵²

c. Kanttekeningen

De nieuwe regeling van art. 2:228 BW dient zodanig te worden vormgegeven dat aan ieder aandeel ten minste één stem is verbonden, maar dat de statuten hiervan kunnen afwijken. De vennootschap kan de stemrechtverdeling zelf invullen en is daarbij niet gebonden aan een evenredige verhouding tussen kapitaalbreng en stemrecht. De stemrechtverhoudingen tussen de aandeelhouders kan vast zijn, dat wil zeggen ten aanzien van alle besluiten die in de algemene vergadering van aandeelhouders worden genomen geldt dezelfde stemrechtverhouding, of variabel al naar gelang het onderwerp dat ter stemming voorligt. Deze regeling biedt de mogelijkheid om te bewerkstelligen dat bepaalde besluiten slechts kunnen worden genomen wanneer de houder van een bepaald aandeel vóór het besluit heeft gestemd. Een naar onderwerp variabel stemrecht kan met name gewenst zijn in joint-ventureverhoudingen ten aanzien van onderliggende bedrijfsonderdelen.⁵³ In familievennootschappen kan het worden gebruikt om het stemrecht van de verschillende staken per onderwerp of bedrijfsonderdeel te laten variëren.

d. Aanbevelingen

Art. 2:228 BW wordt zodanig gewijzigd dat een flexibele regeling van het stemrecht mogelijk is. De koppeling tussen stemrecht en kapitaalbreng wordt losgelaten. Differentiatie van stemrecht naar onderwerp is mogelijk.

51 Vgl. Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 216.

52 Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 67; Van Duuren (2002), p. 105; Sanders/Westbroek (1998), p. 121.

53 Het variabel stemrecht kan aldus de mogelijkheid vergroten om te komen tot *tracking stock*. Vgl. Groenwald (2004/II), p. 197; Van Olfen (2002), p. 119-120; en Liem en Ex (2000), p. 316.

Artikel 2:228 BW

1. Het stemrecht is uitsluitend verbonden aan een aandeel. Ieder aandeel geeft recht op het uitbrengen van één stem ten aanzien van elk voorgesteld besluit.

2. *Indien het maatschappelijk kapitaal in aandelen van een verschillend nominaal bedrag is verdeeld, geeft een aandeel recht op het uitbrengen van zoveel stemmen als het nominaal bedrag van het aandeel van het kleinste nominaal bedrag is begrepen in het nominaal bedrag van het aandeel; gedeelten van stemmen worden verwaarloosd.*

3. Van het bepaalde in de twee voorgaande leden kan bij de statuten worden afgeweken, mits ieder aandeel recht geeft op het uitbrengen van ten minste één stem ten aanzien van elk voorgesteld besluit.

4. De statuten kunnen bepalen dat het stemrecht op een aandeel niet kan worden uitgeoefend zolang de aandeelhouder in gebreke is te voldoen aan een wettelijke of statutaire verplichting.

5. *Voor een aandeel dat toebehoort aan de vennootschap of aan een dochtermaatschappij daarvan kan in de algemene vergadering geen stem worden uitgebracht; evenmin voor een aandeel waarvan een hunner de certificaten houdt. Vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen die aan de vennootschap en haar dochtermaatschappijen toebehoren, zijn evenwel niet van hun stemrecht uitgesloten, indien het vruchtgebruik of pandrecht was gevestigd voordat het aandeel aan de vennootschap of een dochtermaatschappij daarvan toebehoorde. De vennootschap of een dochtermaatschappij daarvan kan geen stem uitbrengen voor een aandeel waarop zij een recht van vruchtgebruik of een pandrecht heeft.*

3.2.3 Certificaten van aandelen

a. Huidige regeling

De rechtsfiguur certificering is als zodanig niet in de wet geregeld. De wet verbindt wel gevolgen aan certificering indien deze tot stand is gekomen met medewerking van de vennootschap. De houders van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, ook wel aangeduid als bewilligde certificaten⁵⁴, komen vergaderrechten toe. Zo hebben zij onder meer toegang tot de algemene vergadering en mogen daar het woord voeren (2:227 lid 2 BW). Hiermee hangt samen dat zij ook worden

54 Van den Ingh (1991), p. 85.

opgeroepen voor de vergadering (art. 2:223 lid 2 BW).⁵⁵ Aan houders van niet-bewilligde certificaten kent de Boek 2 BW op een aantal plaatsen ook rechten toe (die ook gelden voor de houders van bewilligde certificaten), zoals het recht om een enquêteverzoek in te dienen (art. 2:346 sub b BW).

b. Knelpunten

Het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen levert in de praktijk twee knelpunten op. In de eerste plaats staat niet ondubbelzinnig vast wanneer sprake is van 'met of zonder medewerking', terwijl dit van groot belang is voor de positie van de certificaathouder.⁵⁶ Het tweede knelpunt is gelegen in de omstandigheid dat het uitstaan van met medewerking uitgegeven certificaten tot gevolg heeft, dat de aandeelhouders niet buiten algemene vergadering van aandeelhouders kunnen besluiten (art. 2:238 BW).⁵⁷ Zie § 2.3.4. Aldus genomen beslissingen leveren geen besluiten in de zin van Boek 2 BW op.⁵⁸ Dit kan gevolgen hebben voor de geldigheid van handelingen die ter uitvoering van deze beslissingen zijn verricht.⁵⁹

c. Kanttekeningen

Certificaten kunnen een nuttige functie vervullen in het BV-recht, bijvoorbeeld om opvolging in familievennootschappen te organiseren.⁶⁰ De Expertgroep acht het echter zinvol om het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten te laten vervallen. Het systeem zou kunnen zijn, dat aan alle houders van certificaten de rechten toekomen die de wet thans verbindt aan met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, tenzij de statuten anders bepalen.

55 Zie voor een overzicht van alle in Boek 2 BW aan houders van bewilligde certificaten toegekende rechten: Van den Ingh (1991), p. 245-246.

56 Zie: Van den Ingh (2003), p. 183; Portengen en Groenland (2003), p. 947-952, en de reactie van Meijers (2004), p. 141-143.

57 Zie over de vraag of dit voorschrift buiten werking kan worden gesteld door het doen van *afstand* door certificaathouders van hun rechten: Huizink (2001), p. 693-694 (positief), en de reactie van Stelling (2001), p. 972-973 (negatief), met naschrift Huizink (2001), p. 973-974. De Kluiver en Meinema (2002), p. 653, menen dat als de certificaathouders *afzien* van hun vergaderrechten, besluitvorming buiten vergadering rechtsgeldig kan plaatsvinden.

58 Dumoulin (1999), nr. 99.

59 Van den Ingh (2003), p. 185.

60 Zie FBned – Vereniging FamilieBedrijven Nederland, Ondernemen als familie, Aanbevelingen voor goed bestuur in het familiebedrijf, Tilburg, april 2003, p. 39.

Naar huidig recht heeft een aandeelhouder die ingeval van verpanding van of vruchtgebruik op zijn aandelen geen stemrecht heeft, en de pandhouder en vruchtgebruiker met stemrecht, de rechten die door de wet zijn toegekend aan de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten (art. 2:197 lid 4 BW en art. 2:198 lid 4 BW). Bij het vervallen van het onderscheid tussen met en zonder medewerking zoals hiervoor aanbevolen, behoeven deze bepalingen slechts een mineure wijziging te ondergaan die erop neerkomt dat slechts wordt verwezen naar de rechten van ‘houders van certificaten’.

De Expertgroep onderkent dat houders van (bewilligde) certificaten op een aantal plaatsen in de wet rechten worden toegekend. Een nadere inventarisatie van de gevolgen die de onderhavige aanbeveling van de Expertgroep daarvoor heeft, is noodzakelijk.

d. Aanbevelingen

De rechtsfiguur certificering blijft mogelijk. Het wettelijk onderscheid tussen met en zonder medewerking uitgegeven certificaten van aandelen wordt evenwel geschrapt. Als wettelijk uitgangspunt geldt dat aan een certificaathouder vergaderrecht toe komt, maar dat in de statuten anders kan worden bepaald.

Artikel 2:227 lid 2 BW

Iedere houder van een certificaat op naam van een aandeel is bevoegd, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde, de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren, *voor zover zijn vergadergerechtigdheid niet bij de statuten is uitgesloten*. De laatste zin van lid 1 is van overeenkomstige toepassing.

HOOFDSTUK 4 KAPITAAL EN VERMOGEN

4.1 Uitkeringen aan aandeelhouders

4.1.1 Winstbestemming en winstverdeling

a. Huidige regeling

Naast het stemrecht is het recht op deelname in de winst van de vennootschap het belangrijkste recht dat aan een aandeel is verbonden. De wettelijke regels inzake de bestemming en verdeling van de winst zijn in art. 2:216 BW opgenomen. Voor zover de statuten niet anders bepalen, komt de winst de aandeelhouders ten goede. Ingevolge deze bepaling moet de volledige winst worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. Dit recht op winst is onmiddellijk¹ opvorderbaar nadat de jaarrekening is vastgesteld of goedgekeurd² waaruit blijkt dat de uitkering plaats kan vinden. In de statuten van vele BV's is bepaald dat de winst ter beschikking staat van de algemene vergadering; de algemene vergadering beslist dan over de bestemming van de winst.³ Met betrekking tot winstbestemming kan worden onderscheiden tussen reservering en uitkering aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden.

b. Knelpunten

In de praktijk bevatten de statuten van vele BV's een afwijking op het wettelijk uitgangspunt dat de winst de aandeelhouders ten goede komt (art. 2:216 lid 1 BW) door te bepalen dat de winst ter beschikking staat van de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit is een aanwijzing dat het wettelijk uitgangspunt niet meer voldoet. Daarnaast is de vraag of de winstbestemming en winstverdeling ook krachtens een statutaire regeling zouden moeten kunnen geschieden.

1 Hof Amsterdam 4 juni 1956, kenbaar uit HR 18 maart 1956, NJ 1956, 322.

2 Indien de BV aan het structuurregime is onderworpen.

3 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 449; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 107.

c. Kanttekeningen

De Expertgroep acht het wenselijk om de wettelijke regeling op dit punt in overeenstemming te brengen met de bestaande praktijk, door als uitgangspunt te hanteren dat de bevoegdheid tot bestemming van de winst toekomt aan de algemene vergadering van aandeelhouders.⁴ Op deze wijze kunnen bovendien vereisten worden gesteld aan het besluit tot winstbestemming (zie § 4.1.3). De regeling moet evenwel de mogelijkheid bieden om in de statuten anders te bepalen, bijvoorbeeld de bevoegdheid toe te kennen aan een ander orgaan. De Expertgroep acht het voorts wenselijk dat de winstbestemming/verdeling ook door een regeling *krachtens* de statuten kan plaatsvinden: door middel van een reglement of een overeenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn.⁵ Op deze wijze worden naar de mening van de Expertgroep de gewenste flexibiliteit gecombineerd met afdoende bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders.

d. Aanbevelingen

De algemene vergadering bepaalt de bestemming van de winst, tenzij bij of krachtens de statuten anders is bepaald. Met ‘krachtens de statuten’ in deze zin wordt bedoeld een door een orgaan vastgesteld reglement of een overeenkomst tussen alle aandeelhouders.

4.1.2 Aandelen zonder winstrecht

a. Huidige regeling

Het wettelijk uitgangspunt is dat bij uitkering van de winst aan de aandeelhouders, de winstverdeling geschiedt naar evenredigheid van het door de aandeelhouder verplicht gestorte nominale bedrag van het aandeel. In de statuten kan hiervan op elke wijze worden afgeweken, mits een aandeelhouder niet wordt uitgesloten van winstdeling (art. 2:216 lid 8 BW).⁶

b. Knelpunten

In sommige gevallen kan het gewenst zijn dat een aandeelhouder niet deelt in de winst van de BV en evenmin recht heeft op een gedeelte van het liqui-

4 Evenzo: Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 108.

5 Dit kan worden bereikt door een statutaire kwaliteitseis op grond waarvan aandeelhouders partij moeten zijn bij de winstbestemmings/-verdelingsovereenkomst.

6 Het verbod van de *societas leonina* komt ook voor in art. 7:815 lid 4 BW, wetsvoorstel Vaststelling van titel 7.13 (Vennootschap), Kamerstuk 28746, nr. 1-2. Zie ook A.G. van Solinge (1995), p. 21.

datieoverschot. Gewezen kan worden op de situatie waarin de oprichter van een familievennootschap als aandeelhouder wil meebeslissen over de gang van zaken in de vennootschap, maar de winst geheel aan zijn medeaandeelhouders wil doen toekomen. Dit resultaat kan onder het huidige recht niet worden bereikt, tenzij de aandeelhouder afziet van zijn recht op winst.⁷

c. Kanttekeningen

De Expertgroep merkt op dat ook zonder winstrecht een aandeelhouder een aanspraak jegens de vennootschap houdt op terugbetaling van hetgeen hij heeft gestort, bijvoorbeeld in geval van kapitaalvermindering of liquidatie van de vennootschap. Bovendien stelt de huidige regeling geen materiële eisen aan het winstrecht van een aandeelhouder, zodat de scheidslijn vaag is.

d. Aanbevelingen

De statuten kunnen bepalen dat aan aandelen van een soort of aanduiding geen recht op winst en/of op de reserves van de vennootschap is verbonden.

4.1.3 Vrij uitkeerbare reserves en uitkering van dividend

a. Huidige regeling

De uitkeringsruimte van de vennootschap wordt bepaald door het vrij uitkeerbare deel van haar vermogen: de winst en de vrije reserves. Deze ruimte wordt primair beoordeeld aan de hand van de jaarrekening. Als vrije reserves worden aangemerkt de agioreserve die onder andere ontstaat wanneer aandelen worden uitgegeven tegen een hoger bedrag dan de nominale waarde, de reserve die ontstaat doordat winst wordt gereserveerd in plaats van uitgekeerd, en de reserve die ontstaat doordat een wettelijk of statutair verplichte reserve niet langer hoeft te worden aangehouden.⁸

Art. 2:216 lid 4 BW laat toe dat de vennootschap tussentijds – in de loop van het boekjaar – uitkeringen doet indien de statuten dit toelaten en het vrije deel van het vermogen (zoals omschreven in lid 2) dit mogelijk maakt.

b. Knelpunten

1. Welk orgaan is bevoegd?

In de praktijk bestaat onduidelijkheid over de juiste beantwoording van de vraag welk orgaan bevoegd is om op enig moment te besluiten een vrij uit-

⁷ Meinema (2003), p. 57.

⁸ Bier (2003), p. 181.

keerbare reserve geheel of gedeeltelijk op te heffen en deze vervolgens uit te keren.⁹

2. Welke regeling ziet op uitkering van vrije reserves?

Ten minste evenveel onduidelijkheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of uitkeringen ten laste van een reserve onder het bereik van art. 2:216 BW vallen, en zo ja, op welke wijze dat dan moet worden getoetst. Deze vraag is daarom niet eenvoudig te beantwoorden, omdat in het algemeen wordt aangenomen dat onder de ‘tussentijdse uitkering’ van art. 2:216 lid 4 BW slechts de interimdividenduitkering (de uitkering ten laste van het te verwachten resultaat van het lopende boekjaar casu quo van het afgelopen boekjaar waarvan de jaarrekening nog niet is vastgesteld en eventueel is goedgekeurd¹⁰), wordt begrepen. Deze verwarring en onduidelijkheid worden gevoed door de niet eensluidende literatuur.¹¹

3. Liquiditeitspositie van de vennootschap

Uit hetgeen hierboven is behandeld blijkt reeds dat in de praktijk onduidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag hoe moet worden beoordeeld of een BV voldoende vrij uitkeerbaar vermogen heeft voor het doen van een uitkering. Teneinde de crediteuren van de vennootschap beter te beschermen wordt wel de mogelijkheid geopperd om het bestuur een verklaring omtrent de liquiditeitspositie van de BV af te laten leggen bij iedere uitkering door de vennootschap.¹²

4. Tussentijdse uitkeringen

Anders dan bij de NV (art. 2:105 lid 4 BW), bevat de wet ten aanzien van de BV niet het voorschrift dat een tussentijdse vermogensopstelling moet worden gemaakt aan de hand waarvan wordt aangetoond dat de (voorgenomen) tussentijdse uitkering voldoet aan de vereisten gesteld in art. 2:216 lid 2 BW. Het ontbreken van dit voorschrift bij de BV wordt verklaard vanuit de gedachte dat de BV aandelen op naam kent waardoor het mogelijk is om een

9 Bier (2003), p. 181.

10 Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 26.

11 Vgl. hierover: Bier (2003), p. 199-203; Huiskes (2003/II), p. 216-224; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 26; Beckman en Timmerman (2002), p. 230; Winter (1990), p. 192.

12 Zie hierover uitgebreid, inclusief rechtsvergelijking: Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 89-110.

teveel aan betaald interimdividend terug te vorderen.¹³ De BV weet aan wie zij heeft betaald en van wie zij eventueel moet terugvorderen.¹⁴ De literatuur is echter verdeeld over de kwestie of bij een tussentijdse uitkering met mutaties in de vermogenspositie van de vennootschap na balansdatum rekening moet worden gehouden.¹⁵

c. Kanttekeningen

1. Welk orgaan is bevoegd?

Een uitkering ten laste van de vrije reserves geschiedt veelal door een met zoveel woorden daartoe aangewezen orgaan. Dit is meestal hetzelfde orgaan dat bevoegd is om te besluiten om (een gedeelte van) de winst te reserveren.¹⁶ De Expertgroep is van mening dat de algemene vergadering van aandeelhouders het bevoegde orgaan moet worden geacht, voor zover in de statuten niet een ander orgaan daartoe is aangewezen (art. 2:217 lid 1 BW).

2. Welke regeling ziet op uitkering van vrije reserves?

De meeste auteurs zijn van mening dat op een uitkering ten laste van de vrije reserves, de grens van het gebonden vermogen (art. 2:216 lid 2 BW) van toepassing is.¹⁷ De Expertgroep meent dat ten behoeve van de duidelijkheid een expliciete regeling inzake uitkering van reserves in art. 2:216 BW moet worden opgenomen waarin eveneens tot uitdrukking komt dat de uitkering dient te geschieden met inachtneming van de grens van het gebonden vermogen. Op een tussentijdse uitkering van een reserve wordt de regeling inzake tussentijdse dividenduitkering, zie hierna, van overeenkomstige toepassing verklaard.

13 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 145.

14 Winter (1990), p. 189 (met verwijzing naar parlementaire geschiedenis). Huiskes (2003/II), p. 220-221, meent dat dit gerelativeerd moet worden.

15 Voorstanders hiervan zijn onder meer: Bier (2003), p. 208-209; Huiskes (2003/II), p. 219-221. Tegenstanders zijn: Huizink (1994), p. 97; Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 145. Volgens Rb. Dordrecht 20 januari 1993, r.o. 8, NJ 1996, 295 (Finnhouse) kan 'van een BV niet worden geveerd dat een tussentijdse vermogensopstelling wordt vervaardigd. Het ligt derhalve in de rede in beginsel uit te gaan van de laatste vastgestelde jaarrekening. Een redelijke wetstoepassing brengt echter mee dat voormeld uitgangspunt uitzondering dient te lijden in die gevallen waarin de AVA ten tijde van het dividendbesluit wist, althans redelijkerwijs moest weten, dat sedert de balansdatum zodanige verliezen waren geleden dat de vereiste ruimte niet langer aanwezig was.'

16 Bier (2003), p. 181.

17 Bier (2003), p. 201; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 334; Winter (1990), p. 192; Beckman (1986), p. 134.

In theorie is een uitkering in *aandelen* ten laste van een reserve (bonusaandelen), een uitkering in de zin van art. 2:216 BW. Hetzelfde geldt voor een "bijschrijving" op niet-volgestorte aandelen ten laste van een reserve. Het vermogen blijft echter in de vennootschap, het verandert alleen van karakter: van reserve wordt het geplaatst kapitaal. Beide behoren tot het eigen vermogen van de vennootschap, zie art. 2:373 lid 1 BW. Crediteuren worden door een dergelijke transactie niet benadeeld: het actief van de vennootschap waarop zij hun vorderingen dienen te verhalen, blijft gelijk.¹⁸ Gesteld kan worden dat de positie van crediteuren zelfs wordt verbeterd door de uitkering van bonusaandelen ten laste van een vrije reserve. Het gebonden deel van het eigen vermogen van de vennootschap neemt immers toe met het bedrag waarmee de vrije reserves worden verminderd.

3. Liquiditeitspositie van de vennootschap / betaalbaarstelling

Lennarts/Schutte-Veenstra adviseren de invoering van een liquiditeitstest, waarbij getoetst moet worden of de vennootschap over voldoende liquide middelen beschikt om haar schulden die in de daaropvolgende periode (van bijvoorbeeld twaalf maanden) opeisbaar worden, te kunnen voldoen.¹⁹ Deze test zou moeten resulteren in een verklaring van het bestuur die, eventueel vergezeld van een kasstroomoverzicht ("cash flow statement") aan de openbaar te maken jaarrekening zou dienen te worden toegevoegd.²⁰ Bedoelde liquiditeitsverklaring kan zeker een nuttige aanvulling zijn op het huidige systeem waarbij een uitkering wordt begrensd door gebonden vermogen. Echter de Expertgroep beschouwt de eis dat het bestuur jaarlijks, of mogelijk zelfs telkens ter gelegenheid van een voorgenomen uitkering aan aandeelhouders en/of andere winstgerechtigden een verklaring omtrent de liquiditeitspositie van de vennootschap dient af te geven, een voor de vennootschap en haar bestuur te zware belasting. De Expertgroep stelt een regeling voor waarbij het bestuur van de vennootschap als enig daartoe bevoegd vennootschapsorgaan, de datum bepaalt waarop een uitkering waartoe door de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen vennootschapsorgaan is besloten, geheel of gedeeltelijk betaalbaar wordt gesteld.²¹

18 Zie hierover: Heijnen (2003), p. 230.

19 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 107.

20 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 111.

21 Zolang een uitkering waartoe door de algemene vergadering (of een ander vennootschapsorgaan) is besloten niet betaalbaar is gesteld, hebben de aandeelhouders (en andere winstgerechtigden) nog geen opeisbare vordering jegens de vennootschap ten aanzien van de beoogde uitkering. De verjaringstermijn van artikel 2:216 lid 7 (in de voorgestel-

Bepalend voor de vaststelling van die datum voor het bestuur dient te zijn of naar zijn oordeel de vennootschap na het doen van de uitkering nog aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen.

De bestuurders worden in de door de Expertgroep voorgestelde regeling hoofdelijk aansprakelijk voor de door uitkeringen veroorzaakte schade, indien zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet meer zou kunnen voldoen. In navolging van de regeling van artikel 2:203 lid 3 BW wordt in de voorgestelde regeling ten aanzien van deze wetenschap een wettelijk vermoeden opgenomen voor het geval de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering failliet wordt verklaard. Voor individuele bestuurders bestaat onder omstandigheden een disculpatiemogelijkheid.

4. Tussentijdse uitkeringen

De Expertgroep acht het wenselijk dat de wet ook bij de BV ten aanzien van tussentijdse uitkeringen in een tussentijdse vermogensopstelling voorziet. Deze zienswijze past goed in de (met name lagere) jurisprudentie die een beeld laat zien waaruit blijkt dat niet altijd en zonder meer bij een (tussentijdse) uitkering mag worden vertrouwd op de laatst vastgestelde/goedgekeurde of nog vast te stellen/goed te keuren jaarrekening.²²

De Expertgroep is zich bewust van de belasting die een dergelijke tussentijdse vermogensopstelling voor vennootschappen met zich brengt, maar deze moet volgens haar niet worden overschat; in tegenstelling tot de regeling voor de NV acht de Expertgroep geen accountantsverklaring nodig, maar volstaat dat de opstelling wordt ondertekend door het bestuur. Indien de vennootschap haar administratie bijhoudt conform art. 2:10 BW zal het opstellen van een vermogensopstelling bovendien niet veel tijd in beslag hoeven te nemen.²³ Een groot voordeel van het vereiste van een tussentijdse

de tekst lid 10) BW vangt derhalve nog niet aan, de aandeelhouder (of andere winstgerechtigde) kan zich niet op schuldverrekening beroepen en er kan – zo meent de Expertgroep – wat de inkomstenbelasting betreft ook nog niet van een "genoten voordeel" worden gesproken. Voor de vennootschapsbelasting moet daar iets genuanceerder over worden gedacht.

22 Rb. Rotterdam 15 april 1999, r.o. 7.2.2.1, JOR 1999/168 (Onnekink); Rb. Amsterdam 29 november 2000, r.o. 3.3, JOR 2001/79 (Mode-Import Van Cleef); Rb. Dordrecht 20 januari 1993, NJ 1996, 295 (Finnhouse). Zie ook HR 28 april 2000, JOR 2000/128 (Montedison).

23 Zie in dit verband: Winter (2001), p. 116-117, die verwacht dat de moderne technologie het binnen afzienbare tijd mogelijk maakt dat ondernemingen met zeer korte intervallen of wellicht zelfs op continu geactualiseerde basis omvattende financiële informatie be-

vermogensopstelling is dat het risico dat ten onrechte teveel wordt uitgekend sterk wordt verminderd, hetgeen vooral in het belang is van de crediteuren.

d. Aanbevelingen

1. Welk orgaan is bevoegd?

De algemene vergadering van aandeelhouders is bevoegd om te besluiten tot uitkering ten laste van reserve, voor zover in de statuten niet een ander orgaan daartoe is aangewezen.

2. Welke regeling ziet op uitkering van vrije reserves?

In art. 2:216 BW wordt een regeling inzake uitkering ten laste van vrije reserves opgenomen.

3. Liquiditeitspositie/betaalbaarstelling

Het bestuur krijgt de exclusieve bevoegdheid en taak de datum te bepalen waarop een voorgenomen uitkering aan aandeelhouders (en andere winstgerechtigden) betaalbaar wordt gesteld. Het bestuur dient zich bij iedere uitkering een oordeel te vormen omtrent de liquiditeitspositie van de vennootschap. Indien naar het oordeel van het bestuur het niet redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap ook na de beoogde uitkering nog aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen, dient hij de betaalbaarstelling daarvan aan te houden op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van al zijn leden voor de door de uitkeringen veroorzaakte schade.

4. Tussentijdse uitkeringen

Tussentijdse uitkeringen (van winst of reserves) zijn slechts mogelijk nadat uit een tussentijdse vermogensopstelling is gebleken dat daarvoor vermogensruimte bestaat. Dezelfde voorwaarden als onder 3) worden gehanteerd.

Artikel 2:216 BW²⁴

schikbaar hebben. In sommige, meer kleinschalige gevallen is wellicht ook zonder moderne technologie mogelijk om snel een duidelijk beeld te krijgen, aldus Winter. De Expertgroep merkt op dat het bovendien niet ongebruikelijk is in de financieringspraktijk dat banken financiële informatie van vennootschappen eisen welke vervolgens met korte intervallen moet worden overhandigd opdat de bank een duidelijk beeld van de financiële conditie van het bedrijf heeft en houdt.

24 Vooruitlopend op de invoering van het wetsvoorstel Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling (28179), wordt ?

1. De algemene vergadering van aandeelhouders of een ander daartoe bij of krachtens de statuten aangewezen orgaan, is bevoegd de winst van de vennootschap die door de vaststelling van haar jaarrekening is bepaald, te bestemmen.

2. De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere winstgerechtigden slechts uitkeringen doen:

a) voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden; en

b) voor zover naar het oordeel van het bestuur het redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog in staat is haar opeisbare schulden te voldoen.

Indien de vennootschap nadat zij de uitkeringen heeft gedaan haar opeisbare schulden niet kan voldoen, zijn de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor de door de uitkeringen veroorzaakte schade, indien zij wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap door de uitkeringen haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen.

De wetenschap dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkeringen in staat van faillissement wordt verklaard. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkeringen heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

3. Uitkeringen ten laste van de winst behaald in een boekjaar waarvan de jaarrekening nog niet is vastgesteld, alsook uitkeringen ten laste van de te verwachten winst in een lopend boekjaar, mag de vennootschap slechts doen indien:

a) de algemene vergadering van aandeelhouders of een ander bij of krachtens de statuten aangewezen vennootschapsorgaan daartoe heeft besloten;

b) aan het vereiste van lid 2 onder a is voldaan blijktens een tussentijdse vermogensopstelling. Deze tussentijdse vermogensopstelling heeft betrekking op de stand van het vermogen op ten vroegste de eerste dag van de derde maand voor de maand waarin het besluit tot uitkering bekend wordt gemaakt. Zij wordt opgemaakt met inachtneming van in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden. In de vermo-

in het tekstvoorstel voor artikel 2:216 BW nog uitsluitend het begrip 'vaststellen' gehanteerd.

gensopstelling worden de krachtens de wet of de statuten te reserveren bedragen opgenomen. Zij wordt ondertekend door de bestuurders; ontbreekt de handtekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van redenen melding gemaakt; en

c. aan het bepaalde in lid 2 onder b is voldaan.

4. Indien een besluit tot uitkering van winst niet wordt genomen ter gelegenheid van de vaststelling van de jaarrekening van de vennootschap binnen zeven maanden na afloop van het betreffende boekjaar, is zodanige uitkering slechts toegestaan indien en voorzover aan de vereisten van het derde lid is voldaan.

5. De algemene vergadering van aandeelhouders of een ander vennootschapsorgaan dat daartoe bij de statuten is aangewezen, is bevoegd te besluiten uitkeringen te doen aan aandeelhouders ten laste van reserves als bedoeld in artikel 2:373 lid 1 sub f BW.

Indien een zodanig besluit niet wordt genomen ter gelegenheid van de vaststelling van de jaarrekening van de vennootschap binnen zeven maanden na afloop van het betreffende boekjaar, is zodanige uitkering slechts toegestaan indien en voorzover aan de vereisten van het derde lid is voldaan.

6. Bij de berekening van de uitkeringen ten laste van de winst en/of reserves tellen de aandelen die de vennootschap in haar kapitaal houdt niet mee, tenzij bij de statuten anders is bepaald.

7. Bij de berekening van het bedrag dat op ieder aandeel ten laste van de winst en/of reserves zal worden uitgekeerd, komt slechts het bedrag van de verplichte stortingen op het nominale bedrag van de aandelen in aanmerking, tenzij bij of krachtens de statuten anders is bepaald.

8. De statuten kunnen bepalen dat geen van de aandelen van een soort of aanduiding een recht geeft tot deling in de winst en/of bepaalde reserves van de vennootschap. Een statutaire uitsluiting van iedere deling in de winst en/of reserves kan slechts betreffen aandelen van een soort of aanduiding waarvan zulks vóór de uitgifte is bepaald, danwel alle aandelen van een soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders nadien met de statutaire uitsluiting van iedere gerechtigdheid tot deling in de winst en/of reserves hebben ingestemd.

9. Indien met inachtneming van het in dit artikel bepaalde is besloten tot het doen van uitkeringen aan aandeelhouders of andere winstgerechtigden, bepaalt het bestuur de datum waarop deze uitkeringen geheel of gedeeltelijk betaalbaar zijn. Indien en voorzover voorgenomen uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden niet betaalbaar zijn gesteld, wordt door de vennootschap tot dat bedrag een reserve aangehouden.

- 10.** De statuten kunnen bepalen dat de vordering van een aandeelhouder uit hoofde van dit artikel niet door verloop van vijf jaren verjaart, doch eerst na een langere termijn vervalt. Een zodanige bepaling is alsdan van overeenkomstige toepassing op de vordering van een houder van een certificaat van een aandeel op de aandeelhouder.
- 11.** De statuten kunnen bepalen dat de winst waartoe houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding gerechtigd zijn, geheel of gedeeltelijk te hunnen behoeve wordt gereserveerd.
- 12.** Hetgeen in dit artikel met betrekking tot uitkeringen is bepaald is niet van toepassing indien en voorzover de uitkeringen door de vennootschap geschieden in de vorm van aandelen in haar kapitaal of bijschrijvingen op niet volgestorte aandelen.
- 13.** Voor de toepassing van het bepaalde in de leden 1 en 7 van dit artikel dient een regeling krachtens de statuten te bestaan uit hetzij een door het in lid 1 bedoelde orgaan vastgesteld reglement hetzij een overeenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn.

4.1.4 Financiële steunverlening

De regeling van financiële steunverlening van art. 2:207c BW strekt ertoe te voorkomen dat door het verlenen van geldelijke steun aan derden door de BV of haar dochtermaatschappijen, de regeling omtrent het nemen of verkrijgen van eigen aandelen wordt ontgaan terwijl door die steun het vermogen van de BV tocht risico's zou lopen.²⁵ Over de precieze reikwijdte van de regeling heerst veel onduidelijkheid.²⁶ Lennarts/Schutte-Veenstra doen verschillende oplossingen aan de hand.²⁷

De Expertgroep meent dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verbod tot het geven van een koersgarantie en de overige in art. 2:207c lid 1 BW genoemde steunmaatregelen. Bij een koersgarantie vloeit er vermogen uit de vennootschap, terwijl in geval van bijvoorbeeld het verstrekken van een lening aan een aandeelhouder er een vordering op de aandeelhouder ontstaat. In het laatste geval rust er op de vennootschap het risico dat de debiteur, de aandeelhouder, insolvent blijkt te zijn. Het is aan het bestuur van de vennootschap om zekerheden te bedingen om het risico aanvaardbaar te

²⁵ Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 163.

²⁶ Zie Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 28, die de bepaling beschouwt als 'een van de lastigste en meest verfoeide' in het kapitaalbeschermingsrecht.

²⁷ Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 46 e.v.

maken. Aldus gezien, meent de Expertgroep dat een beperking van financiële steunverlening moet worden gezocht in een verklaring van het bestuur dat bij gehele of gedeeltelijke niet-terugbetaling de vennootschap in staat blijft haar schulden te voldoen. Hieraan kan de sanctie van aansprakelijkheid worden gebonden indien het bestuur ten onrechte deze verklaring heeft afgegeven, omdat het wist of behoorde te weten dat de BV bij niet-terugbetaling in problemen zou komen. De regeling kan worden vormgegeven overeenkomstig het aanbevolen art. 2:216 lid 2 (zie § 4.1.3), in de zin dat het stellen van zekerheid en het verschaffen van een lening buiten de normale uitoefening van het bedrijf slechts mogelijk is voor zover het naar het oordeel van het bestuur redelijkerwijs te wachten is dat de vennootschap in staat zal zijn haar schulden te voldoen. Voorts worden crediteuren beschermd doordat de verplichting aan te houden reserve blijft gehandhaafd. Bovendien kunnen de statuten deze mogelijkheden van het doen van financiële steunverlening steeds beperken of uitsluiten.

Aanbevelingen

Het verbod tot het geven van een koersgarantie wordt gehandhaafd. Voor de overige vormen van financiële steunverlening bij de koop van aandelen worden vereisten gesteld overeenkomstig art. 2:216 lid 2 BW.

Art. 2:207c BW

- 1. De vennootschap mag met betrekking tot haar aandelen of certificaten daarvan geen koersgarantie geven.*
- 2. Voor zover de statuten de mogelijkheid niet uitsluiten of beperken, kan de vennootschap met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen of certificaten daarvan in haar kapitaal, of dat van een dochtermaatschappij, zekerheid stellen ten behoeve van, en leningen verstrekken aan, degenen die, direct of indirect, de aandelen of certificaten nemen of verkrijgen met inachtneming van de vereisten van art. 216 lid 2.*
- 3. De vennootschap houdt een niet uitkeerbare reserve aan tot het uitstaande bedrag van de in van de in lid 2 bedoelde zekerheden en leningen voorzover voor de verplichtingen jegens de vennootschap geen adequate zekerheden zijn gesteld.*
- 4. De vorige leden zijn van overeenkomstige toepassing op dochtermaatschappijen van de vennootschap.*

4.2 Kapitaalbegrippen en -bescherming

4.2.1 Aandelen zonder nominale waarde

a. Huidige regeling

In art. 2:191 lid 1 BW komt naar voren dat op een aandeel het nominale bedrag moet worden gestort. In diverse regelingen speelt het begrip nominale waarde een rol: gewezen zij onder meer op art. 2:201 lid 1 BW (gelijkheidsbeginsel), art. 2:216 lid 6 BW (berekening winstaandeel), art. 2:228 lid 2 en 3 BW (berekening stemrechtverhouding). Het begrip wordt dus vooral gehanteerd als maatstaf.

b. Knelpunten

In de praktijk blijken twee praktische bezwaren te bestaan tegen het feit dat aandelen een nominale waarde dienen te hebben.²⁸ In de eerste plaats zegt de nominale waarde niets over de werkelijke waarde van een aandeel; de nominale waarde is slechts een statisch gegeven.²⁹ Voorts kan de nominale waarde en het daarmee gepaard gaande verbod tot emissie van aandelen beneden deze waarde, zie art. 2:191 lid 1 BW, in herstructureringen belemmerend werken.

c. Kanttekeningen

De Expertgroep meent dat het vereiste dat aandelen een nominale waarde hebben dient te worden gehandhaafd. Er is haars inziens geen voordeel aan te wijzen dat afschaffing voldoende rechtvaardigt. De nominale waarde kan daarentegen een handige maatstaf vormen voor het bepalen van verhoudingen van stemrecht en winstrecht. In het door de Expertgroep bepleite systeem hoeft de vaststelling daarvan echter niet steeds te geschieden aan de hand van de nominale waarde (zie §§ 3.2.1 en 4.1.2). De Expertgroep merkt op dat het voorschrift dat de nominale waarde slechts in euro kan worden weergegeven, in de praktijk geen knelpunt oplevert.

d. Aanbevelingen

Het vereiste dat aandelen een nominale waarde dienen te hebben wordt gehandhaafd.

28 Zie uitgebreid – inclusief rechtsvergelijking – over afschaffing van de nominale waarde: Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 56 e.v.

29 Schutte-Veenstra (2000), p. 376; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 18.

4.2.2 Minimumkapitaalvereiste

Op grond van art. 2:178 lid 2 BW moet een BV bij de oprichting een minimumkapitaal van € 18.000 hebben. Lennarts/Schutte-Veenstra concluderen dat het minimumkapitaalvereiste kan worden afgeschaft.³⁰ De Expertgroep sluit zich aan bij hun argumentatie. Het minimumkapitaal biedt slechts schijnzekerheid voor crediteuren; er is geen waarborg dat dit kapitaal in de vennootschap aanwezig is. Bovendien nopen Europese ontwikkelingen (vgl. *Inspire Art*) tot laten vervallen van het minimumkapitaalvereiste. De Expertgroep wijst in dit verband ook op het feit dat in Engeland, Frankrijk en Spanje een vennootschap zonder minimumkapitaal kan worden opgericht. Het vervallen van het minimumkapitaalvereiste betekent tevens dat art. 2:180 lid 2 sub b BW kan vervallen.

Aanbeveling

Het minimumkapitaalvereiste wordt afgeschaft.

4.2.3 Emissie beneden pari

Onder het huidige recht geldt een verbod tot uitgifte van aandelen beneden de nominale waarde (art. 2:191 BW). Lennarts/Schutte-Veenstra constateren dat het verbod niet bijdraagt aan crediteurenbescherming, aangezien iedere emissie de vennootschap nieuw kapitaal oplevert. Bovendien kan het verbod volgens hen belemmerend werken in herstructureringsituaties.³¹ De Expertgroep constateert evenwel dat dit verbod geen knelpunten in de praktijk oplevert. De wens om beneden pari uit te geven zal uitsluitend bestaan indien de werkelijke koers ruim onder de nominale waarde ligt. Opheffing van het verbod zou met zich meebrengen dat het geplaatst kapitaal op basis van de nominale waarde van de aandelen niet langer het gestorte en opgevraagde gedeelte van het kapitaal zou reflecteren, aangezien de vennootschap geen vordering heeft op de aandeelhouder tot volstorting tot het bedrag van de nominale waarde. De Expertgroep acht het van belang, bij handhaving van de nominale waarde van aandelen, dat crediteuren en aandeelhouders kunnen afgaan op het geplaatst kapitaal. Alternatieve maatregelen zoals vermindering van het nominale bedrag door middel van een vereenvoudigde kapitaal-

30 Zie Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 14 e.v.

31 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 16 .

verminderingprocedure (zie § 4.2.13) of het uitgeven van een nieuwe soort aandelen met een lagere nominale waarde, zijn bovendien voorhanden.

Aanbeveling

Het verbod tot emissie beneden pari wordt gehandhaafd.

4.2.4 Minimumstortingsplicht

Een aandeelhouder is verplicht het nominale bedrag van zijn aandelen te storten. Bij het nemen van het aandeel moet de aandeelhouder ten minste 25% storten, de resterende 75% (obligo) kan op een later moment door de vennootschap worden opgevraagd. Een aandeelhouder kan niet geheel of gedeeltelijk van zijn stortingsplicht worden ontheven (art. 2:191 lid 2 BW). Lennarts/Schutte-Veenstra concluderen dat een volstortingsplicht bij het nemen van de aandelen niet goed past in het proces van versoepeling van het BV-recht; het beperkt te zeer de inrichtingsvrijheid van oprichters/aandeelhouders van de BV. Het risico dat een BV loopt dat haar aandelen niet worden volgestort kan worden verkleind door de verjaringstermijn voor vorderingen betreffende de stortingsplicht wettelijk vast te stellen op een termijn van twintig jaar.³² De Expertgroep sluit zich hierbij aan.³³

Lennarts/Schutte-Veenstra overwegen voorts of een sanctie op het niet tijdig voldoen aan de stortingsplicht zou kunnen worden geïntroduceerd, zoals een opschorting van de aandeelhoudersrechten en een (wettelijk) pandrecht op aandelen voor de BV indien een aandeelhouder in gebreke blijft aan zijn stortingsplicht te voldoen. De Expertgroep ziet geen directe noodzaak om extra sancties te introduceren. Een wettelijk pandrecht zou aandeelhouders kunnen belemmeren om financiering te krijgen. Het bezwaar van opschorting van aandeelhoudersrechten is bovendien dat de sanctie niet werkt jegens de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de aandeelhouder.

Aanbeveling

De bepalingen inzake de stortingsplicht blijven ongewijzigd. De wettelijke verjaringstermijn voor de stortingsplicht bedraagt twintig jaren.

32 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 19.

33 In zijn arrest van 17 oktober 2003, JOR 2003/176 m.nt. C.J. Groffen, heeft de Hoge Raad overwogen dat de vordering tot volstorting een rechtsvordering is tot nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst tot een geven, zodat in dit geval in beginsel de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:307 lid 1 BW van toepassing is.

4.2.5 Stortingsplicht in geld; bankverklaring

Ingevolge art. 2:203a BW moet bij storting in geld op aandelen voor of bij de oprichting van een BV, een bankverklaring aan de oprichtingsakte worden gehecht waaruit blijkt dat de te storten bedragen op aandelen ook daadwerkelijk zijn gestort. Lennarts/Schutte-Veenstra concluderen dat de bankverklaring kan worden afgeschaft, omdat het feit dat er een geldige bankverklaring is afgegeven niet doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of er is voldaan aan de stortingsplicht op aandelen.³⁴ De Expertgroep sluit zich hierbij aan. Ook de bankverklaring die op grond van art. 203a lid 6 BW benodigd is indien in vreemd geld wordt gestort, kan vervallen.

Aanbeveling

De verplichte bankverklaring wordt afgeschaft.

4.2.6 Inbreng in natura: waardering naar economische maatstaven

Inbreng op aandelen die anders dan in geld geschiedt, moet naar economische maatstaven kunnen worden gewaardeerd, aldus art. 2:191b lid 1 BW. Deze bepaling bevat voorts een verbod op inbreng van arbeid of diensten ter storting op aandelen. Lennarts/Schutte-Veenstra overwegen dat afschaffing van het verbod het BV-recht wel flexibeler zou maken, maar wijzen tegelijkertijd op de waarderingproblemen bij inbreng van arbeid of diensten. Ze stellen een aantal oplossingen voor, maar concluderen uiteindelijk dat deze geen vereenvoudiging van het BV-recht opleveren.³⁵ De Expertgroep wijst voorts op de problemen die ontstaan indien degene die zou inbrengen deze verplichting niet nakomt. Anders dan bij personenvennootschappen, vindt de inbreng in een BV plaats tegenover de uitgifte van – overdraagbare - aandelen. Overigens constateert de Expertgroep dat een vordering wegens verricht werk of verleende diensten, evenals andere vorderingsrechten, wel ter storting op aandelen van een BV kan worden ingebracht.³⁶ Dit kwalificeert dan niet als inbreng in natura, maar als inbreng in geld.³⁷

34 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 20 e.v.

35 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 22 e.v.

36 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 121.

37 Vgl. hierover ook: Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 23; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 168.5.

Aanbeveling

Het verbod op inbreng van arbeid en diensten wordt gehandhaafd.

4.2.7 Inbreng in natura: accountantscontrole

De wet onderwerpt de inbreng in natura bij en na oprichting van een BV aan een objectieve controle door een accountant. Deze controle vindt plaats aan de hand van een door de bestuurders opgemaakte beschrijving en waardering van de inbreng en ziet er op of de inbreng ten minste belooft het bedrag van de stortingsplicht in geld uitgedrukt (art. 2:204a BW en art. 2:204b BW). Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat oprichters of bestuurders een te hoge waarde aan de inbreng toekennen waardoor de storting niet in overeenstemming zou zijn met het nominale bedrag van de te nemen aandelen.³⁸

Lennarts/Schutte-Veenstra bespreken verschillende opties om de inbrengcontrole te versoepelen, dan wel af te schaffen en geven in het laatste geval alternatieven.³⁹ De Expertgroep meent dat de accountantsverklaring slechts een beperkte waarde heeft, onder meer omdat deze steeds gekoppeld is aan de beschrijving zoals opgesteld door het bestuur en de accountant niet steeds de vereiste deskundigheid hoeft te bezitten ten aanzien van de te waarderen zaken.⁴⁰ Een bijkomend argument is dat met de verklaring kosten voor de vennootschap zijn gemoeid. De Expertgroep stelt voor om de beschrijving door het bestuur te handhaven. Het bestuur of de oprichters kunnen vervolgens worden aangesproken indien blijkt dat zij wisten of behoorden te weten dat de waarde van het ingebrachte lager is. Het staat het bestuur of de oprichters vrij om een verklaring van een deskundige (bijvoorbeeld een taxateur met specifieke deskundigheid ten aanzien van het ingebrachte goed) te vragen.

Onder het huidige recht heeft de door de oprichters of het bestuur opgemaakte beschrijving en waardering een geldigheidsduur van vijf maanden. Hiermee wordt het risico enigszins beperkt dat zich een sterke vermindering van waarde heeft voorgedaan tussen tijdstip van beschrijving/waardering en inbreng. De Expertgroep constateert dat de vijfmaandentermijn een knelpunt vormt bij juridische splitsing waarvoor geldt dat de notariële akte van split-

38 HR 6 december 2002, r.o. 3.3.3, JOR 2003/3 m.nt. C.J. Groffen (Boom- en Heestercentrum), zie voorts Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 23 e.v.

39 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 29 e.v.

40 De accountant kan evenwel andere deskundigen, bijvoorbeeld een taxateur van onroerend goed, inschakelen voor advies. Dit laat onverlet dat de accountant zelf verantwoordelijk blijft voor de inhoud van zijn verklaring. Zie Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 125.

sing binnen zes maanden na aankondiging van de neerlegging van het splitsingsvoorstel moet worden verleden. De Expertgroep stelt daarom voor om de geldigheidstermijn van de beschrijving/waardering door het bestuur bij inbreng in natura te wijzigen van vijf in zes maanden.

Aanbeveling

De verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura wordt afgeschaft. De geldigheidsduur van de beschrijving/waardering door de oprichters of het bestuur wordt gesteld op zes maanden.

4.2.8 Storting van agio

In de literatuur wordt de vraag of de verplichting tot storting van agio bij de BV onder de wettelijke stortingsplicht valt, verschillend beantwoord.⁴¹ Lennarts/Schutte-Veenstra menen dat de wet uitdrukkelijk dient te bepalen dat bedongen agio niet onder de wettelijke stortingsplicht valt.⁴² De Expertgroep sluit zich hierbij aan.

Aanbeveling

De wet bepaalt dat bedongen agio niet onder de wettelijke stortingsplicht valt.

4.2.9 Nachgründung

De Nachgründungsregeling (art. 2:204c BW) beoogt tegen te gaan dat de oprichter die de door hem genomen aandelen met geld heeft betaald, vervolgens met de vennootschap een koopovereenkomst aangaat waarbij de door hem verkochte goederen een te hoge prijs opbrengen.⁴³ Rechtshandelingen die onder deze regeling vallen, moeten worden goedgekeurd door de AVA en een accountant moet verklaren dat de waarde van de goederen overeenkomt met de tegenprestatie. De Expertgroep schaaft zich achter het voorstel van Lennarts/Schutte-Veenstra om art. 2:204c BW te schrappen.⁴⁴ Dit past ook in de hierboven voorgestelde aanpassing van de controle bij inbreng in natura.

41 De heersende mening is dat agio niet onder de stortingsplicht valt, zie het overzicht van Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 29-30.

42 Lennart/Schutte-Veenstra (2004), p. 32.

43 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 136; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 168.6.

44 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 36.

Aanbeveling

De Nachgründungsregelung wordt afgeschaft.

4.2.10 Inkoop van eigen aandelen

Indien een BV eigen aandelen inkoop, moet zij daarbij acht slaan op een aantal voorwaarden (art. 2:207 BW). Eén daarvan is de eis dat het nominale bedrag van de te verkrijgen en reeds door haar (middellijk) gehouden eigen aandelen, niet meer dan 50% bedraagt van het geplaatste kapitaal. Voorts geldt onder meer de eis dat inkoop niet ten koste mag gaan van het gebonden vermogen. Lennarts/Schutte-Veenstra zien in laatstgenoemde eis een voldoende bescherming van crediteuren en menen dan ook dat de 50%-eis kan worden geschrapt. Uit de aard der zaak moet wel ten minste één aandeel uitstaan. Voorts wijzen zij op de mogelijkheid tot introductie van een liquiditeitsverklaring (zie ook § 4.1.3).⁴⁵ De Expertgroep beveelt ook in geval van inkoop een regeling aan, die inhoudt dat slechts tot inkoop kan worden overgegaan voor zover naar het oordeel van het bestuur redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog in staat is haar opeisbare schulden te voldoen. Indien de vennootschap nadat zij de aandelen heeft ingekocht haar opeisbare schulden niet kan voldoen, zijn de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor de door de inkoop veroorzaakte schade, indien zij wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap door de uitkeringen haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen. De wetenschap dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen, wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkeringen in staat van faillissement wordt verklaard. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem is te wijten dat de vennootschap de uitkeringen heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Aanbeveling

De inkoopbeperking van 50% van het geplaatste kapitaal wordt afgeschaft. Inkoop van aandelen geschiedt onder de voorwaarden overeenkomstig het aanbevolen art. 2:216 lid 2 sub b (zie § 4.1.2).

⁴⁵ Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 43.

4.2.11 Maatschappelijk kapitaal

Op grond van art. 2:175 BW heeft de BV een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. Het maatschappelijk kapitaal geeft aan tot welk bedrag aandelen kunnen worden uitgegeven zonder dat de statuten daarvoor behoeven te worden gewijzigd. Art. 2:178 lid 4 BW schrijft voor dat ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst. Lennarts/Schutte-Veenstra stellen voor, vanwege de geringe praktische betekenis, het begrip ‘maatschappelijk kapitaal’ af te schaffen. Zonodig kan de algemene vergadering in het delegatiebesluit een maximum aan uit te geven aandelen stellen.⁴⁶ De Expertgroep meent dat het begrip ‘maatschappelijk kapitaal’ als zodanig geen knelpunt is. Het enige knelpunt dat de Expertgroep signaleert is, dat een vennootschap aandelen wenst uit te geven terwijl daardoor boven het plafond van het maatschappelijk kapitaal zou worden uitgekomen hetgeen niet mogelijk is zonder aanpassing van het maatschappelijk kapitaal bij statutenwijziging. Dit knelpunt is echter eenvoudig op te lossen door de eis te laten vervallen dat ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst. Ieder wenselijk bedrag kan dan immers als maatschappelijk kapitaal worden gekozen; het deel dat geplaatst moet zijn is hier immers niet afhankelijk van. Voor het overige constateert de Expertgroep geen praktische problemen.

Aanbeveling

Het begrip ‘maatschappelijk kapitaal’ wordt gehandhaafd. Art. 2:178 lid 4 BW, dat vereist dat ten minste een vijfde deel van het maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst, wordt geschrapt.

4.2.12 Kapitaalverhoging en voorkeursrecht

De regelingen inzake verhoging van het geplaatste kapitaal en voorkeursrecht van aandeelhouders bij uitgifte van aandelen, leveren volgens Lennarts/Schutte-Veenstra geen knelpunten op in de praktijk.⁴⁷ De Expertgroep deelt deze mening.

Aanbeveling

De huidige regelingen wordt gehandhaafd.

⁴⁶ Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 49.

⁴⁷ Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 50.

4.2.13 Kapitaalvermindering en verzet

In art. 2:208 BW geeft de wet twee mogelijkheden van vermindering van het geplaatste kapitaal: (i) intrekking van aandelen en (ii) vermindering van het bedrag van aandelen. Op grond van art. 2:209 lid 3 BW kan een schuldeiser verzet instellen tegen een voorgenomen kapitaalvermindering. De verzetmogelijkheid bij kapitaalvermindering blijkt een dode letter: in de praktijk is niet of nauwelijks van deze verzetmogelijkheid gebruik gemaakt. Lennarts/Schutte-Veenstra concluderen dan ook dat het verzetrecht kan worden geschrapt.⁴⁸ De Expertgroep sluit zich hierbij aan. Lennarts/Schutte-Veenstra opperen de mogelijkheid van het introduceren van een liquiditeitsverklaring ter bescherming van de belangen van crediteuren.⁴⁹ De Expertgroep meent evenwel dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen kapitaalvermindering om verliezen 'weg te strepen' en kapitaalvermindering waarbij uitkeringen aan aandeelhouders plaatsvinden. In het laatste geval acht de Expertgroep een regeling overeenkomstig art. 2:216 lid 2 BW geboden (zie § 4.1.3).

Aanbeveling

De verzetregeling bij kapitaalvermindering wordt afgeschaft. Voor besluiten tot kapitaalvermindering die tevens een uitkering aan aandeelhouders omvatten, worden de vereisten van het aanbevolen art. 2:216 lid 2 BW in acht genomen (zie § 4.1.3).

48 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 55.

49 Lennarts/Schutte-Veenstra (2004), p. 55.

HOOFDSTUK 5 OVERIGE ONDERWERPEN

5.1 Tegenstrijdig belang

a. Huidige regeling

De wet kent in art. 2:256 BW het uitgangspunt dat de vennootschap die een tegenstrijdig belang heeft met een van haar bestuurders wordt vertegenwoordigd door haar commissarissen. De ratio van de bepaling is het risico te vermijden dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en onderneming, bij de belangenafweging mogelijkerwijs te zeer zijn persoonlijk belang laat overwegen.¹ In de statuten kan van dit uitgangspunt worden afgeweken en bijvoorbeeld worden bepaald dat de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, toch vertegenwoordigingsbevoegd is. De algemene vergadering van aandeelhouders is evenwel steeds bevoegd om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bevoegdheid kan niet in de statuten worden ‘weggeschreven’.²

Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling verricht waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, is er sprake van onbevoegde vertegenwoordiging. Deze onbevoegdheid kan aan de wederpartij worden tegengeworpen indien het tegenstrijdig belang ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel had behoren te zijn.³

b. Knelpunten

1. Gedaanten van tegenstrijdig belang

De tekst van art. 2:256 BW spreekt van “alle gevallen” waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang met een of meer bestuurders heeft. De jurisprudentie toont inderdaad een scala aan gevallen van tegenstrijdig belang die onder het bereik van deze bepaling vallen.⁴ De vraag is of een kwalitatief

1 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 295.

2 HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Brandao/Joral).

3 HR 11 september 1998, r.o. 2.2, NJ 1999, 171 m.nt. J.M.M. Maeijer (Mediasafe II).

4 Onderscheiden kunnen worden: (i) direct (of formeel) tegenstrijdig belang, waarbij bestuurder en vennootschap elkaars wederpartij zijn, (ii) indirect tegenstrijdig belang, waarbij de vennootschap een rechtshandeling met een derde aangaat en de bestuurder tot

tegenstrijdig belang zou moeten worden uitgesloten van toepassing, vanwege de praktische problemen.⁵

2. Vertegenwoordigingsregeling

De huidige regeling van art. 2:256 BW houdt een vertegenwoordigingsregeling in. Over de (transparantie van) besluitvorming en de interne gang van zaken indien zich een tegenstrijdig belang voordoet zegt deze bepaling niets. Deze besluitvormingsfase lijkt echter juist van belang te zijn.⁶

3. Aanwijsbevoegdheid algemene vergadering

Ook al bevatten de statuten een afwijking van het wettelijk uitgangspunt, in de zin dat het bestuur bevoegd blijft tot vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang, de algemene vergadering kan, zo wordt aangenomen, steeds een bijzondere vertegenwoordiger aanwijzen.⁷ In de praktijk blijkt echter behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om deze aanwijsbevoegdheid statutair uit te sluiten.

4. Externe werking

De onder omstandigheden aanwezige externe werking van onbevoegde vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang, stuit onder andere op kritiek vanuit de financieringspraktijk. In de literatuur is namelijk wel opgemerkt dat bijvoorbeeld de huisbankier vanwege zijn positie goed op de hoogte zal zijn van de gang van zaken binnen de vennootschap en daardoor relatief snel geacht worden van een tegenstrijdig belang weet te hebben gehad.⁸

deze derde in een bijzondere verhouding staat (bijv. HR 3 mei 2002, r.o. 3.5.2, JOR 2002/111 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Brandao/Joral), en (iii) kwalitatief tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder (als wederpartij van de vennootschap) in hoedanigheid optreedt (vgl. Hof Den Bosch 25 april 1990, NJ 1991, 136 (White Products)).

5 Volgens Dortmund (1995), p. 9, en Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 278, valt deze categorie van tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van art. 2:256 BW. Anders: Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 296, die wel als voorwaarde stelt dat er sprake moet zijn van verwevenheid van dit kwalitatief tegenstrijdig belang met een persoonlijk tegenstrijdig indirect belang. Van Veen (1999), p. 93-94, concludeert op grond van het Mediasafe-arrest dat een kwalitatief tegenstrijdig belang binnen de reikwijdte van art. 2:146 (256) BW valt.

6 Zie Van den Ingh in zijn annotatie (sub 3) bij HR 3 mei 2002.

7 Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 69.

8 Dorresteyn (1998), p. 752 en 754. Zie hierover ook: Gepken-Jager (2000), p. 297.

c. *Kanttekeningen*

Ook in de ons omringende landen wordt het handelen van bestuurders en commissarissen met een tegenstrijdig belang als een probleem beschouwd dat wettelijke regeling behoeft. De gekozen oplossingen daarvoor lopen echter uiteen. Dat geldt niet alleen voor de kwalificatie van het probleem, maar ook voor de vraag of het wordt aangepakt langs de weg van de vertegenwoordiging of de besluitvorming en of interne of externe werking wordt toegekend.

1. Gedaanten van tegenstrijdig belang

In België bepaalt de wet dat het moet gaan om een rechtstreeks of onrechtstreeks belang van vermogensrechtelijke aard (art. 259 WvV). Naast een algemene regeling, kent het Franse Sarl-recht een specifiek verbod voor het verstrekken van leningen en het stellen van zekerheden door de vennootschap aan bestuurders en aandeelhouders/natuurlijke personen (L 223-21). Bij de SAS gaat het om overeenkomsten tussen de vennootschap en een bestuurder of een houder van meer dan 5% van de aandelen die moeten worden gemeld. Naar Duits recht geldt voor *'In-Sich-Geschäfte'* tussen de vennootschap en een bestuurder in de zin van § 181 BGB in beginsel een verbod op *Selbstkontrahierung*. Onder omstandigheden kan de bestuurder van dit verbod worden gevrijwaard, bijvoorbeeld indien de algemene vergadering daartoe besluit, of op basis van een statutaire regeling.⁹

Naar Engels recht gelden in beginsel de *no-conflict rule* en de *no-profit rule* voor bestuurders.¹⁰

De Expertgroep acht het raadzaam in dit opzicht de huidige terminologie te handhaven. De statuten kunnen vervolgens een nadere invulling aan het begrip 'tegenstrijdig belang' geven.

2. Besluitvorming in plaats van vertegenwoordiging

Het besluitvormingsaspect in geval van tegenstrijdig belang komt in art. 2:256 BW niet aan bod. De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 3 mei 2002 (Brandao/Joral) overwogen dat *de strekking* van deze bepaling meebrengt dat in tegenstrijdigbelangsituaties van het bestuur mag worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zo veel

9 Lutter/Hommelhoff (2000), § 35, 18 e.v.

10 Vgl. Farrar (1998), p. 396 e.v.

mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht.¹¹ In het kader van de aanwijdsbevoegdheid van de algemene vergadering overweegt de Hoge Raad verder dat in het algemeen op het bestuur de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Schiet het bestuur daarin tekort, dan kan het besluit van het bestuur worden vernietigd.

In het Antilliaanse BW (art. 2:11 lid 2 NA BW) is met zoveel woorden bepaald dat bij of krachtens de statuten bijzondere regels kunnen worden vastgesteld inzake de besluitvorming bij tegenstrijdig belang. Naar Duits recht kan de algemene vergadering een bestuurder vrijwaren van het *Selbstkontrahierungsverbot*¹².

De Expertgroep stelt voor als uitgangspunt te hanteren dat voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of een commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering is vereist.¹³ Bij de statuten kan deze bevoegdheid worden beperkt of uitgesloten, of toegekend aan een ander orgaan. Uiteraard laat zulks onverlet dat bestuurders jegens de vennootschap onverminderd de plicht hebben uitsluitend het belang van de vennootschap te dienen en niet hun eigen belang. De op dit punt door, onder andere, de Ondernemingskamer gevormde jurisprudentie blijft dus onverkort gelding houden.

3. Aanwijdsbevoegdheid algemene vergadering

De Expertgroep acht het wenselijk dat de dwingendrechtelijke aanwijdsbevoegdheid van de algemene vergadering vervalt, vanwege de door de regeling veroorzaakte onzekerheid.

4. Externe werking

Zowel in Nederland als in het buitenland wordt terughoudendheid betracht wat betreft de externe werking. Alleen indien uit de aan de derde ter beschikking staande gegevens blijkt van een reële mogelijkheid van de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, wordt van hem waakzaamheid ver-

11 De enquêterechtspraak van de Ondernemingskamer laat ten aanzien van belangenverstrengeling een soortgelijk beeld zien. Zie bijvoorbeeld OK 26 mei 1983, r.o. 4, NJ 1984, 481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders-Hofstee); OK 12 december 2002, r.o. 3.3, JOR 2003/60 (Ed Ros Holding); OK 11 april 2003, r.o. 3.2, JOR 2003/142 (Epan).

12 Zie Lutter/Hommelhoff (2000), § 35, 19.

13 Vgl. Dortmund (1995), p. 20-21.

langd. In de literatuur is opgemerkt dat een verdere plicht tot eigen onderzoek naar de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang niet rust op de derde, ook niet indien er voor de derde reden is tot twijfel bijvoorbeeld indien de rechtshandeling nadelig lijkt voor de vennootschap.¹⁴

Het Antilliaanse BW gaat eveneens uit van externe werking jegens een wederpartij die het tegenstrijdig belang kent of behoort te kennen. In de statuten kan dit echter worden uitgesloten (art. 2:10 lid 3 NA BW). Op grond van art. 85 *Table A* kan naar Engels recht de *no-conflict rule* worden 'weggeschreven', mits het tegenstrijdige belang wordt openbaargemaakt. Bovendien moet een bestuurder op grond van s. 317 CA 1985 zijn belang bekend maken aan de overige bestuurders, indien hij direct of indirect is betrokken bij een overeenkomst of andere transactie met de vennootschap. Dit leidt niet alleen tot de vernietigbaarheid van de overeenkomst, maar ook kan de bestuurder worden aangesproken op de eventuele behaalde voordelen.¹⁵ Ook het Belgische recht kent een vrij uitgebreide regeling inzake de openbaarmaking van het tegenstrijdig belang. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang dient dit te melden aan de overige bestuurders en aan de eventuele commissarissen. Indien vervolgens een besluit wordt genomen waarbij het tegenstrijdig belang een rol speelt, dient dit besluit te worden opgetekend in het jaarverslag, onder aantekening van het belang en de financiële gevolgen van het besluit voor de vennootschap. Indien is gehandeld in strijd met deze regels, kan de vennootschap de nietigheid vorderen van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden, indien de wederpartij bij die beslissingen of verrichtingen van die overtreding op de hoogte was of had moeten zijn. Ook het Italiaanse recht kent een dergelijke externe werking (art. 2475-ter *Codice Civile*). Het Belgische recht maakt een uitzondering voor beslissingen of verrichtingen die betrekking hebben op concernvennootschappen en voor gebruikelijke verrichtingen die plaatshebben onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen (art. 259 *WvV*). Deze laatste uitzondering geldt ook in het Franse recht. Voor de SAS bepaalt L227-10 echter dat een *auditors report* is vereist voor iedere overeenkomst tussen de vennootschap en haar bestuurder of

14 Zie Maeijer in zijn annotatie (sub 2) bij HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (*Mediasafe II*); Timmerman (1996), p. 145; Van Veen (1999), p. 93; en Gepken-Jager (2000), p. 296. Anders: De Kluiver (1998) en F.J.P. van den Ingh in zijn annotatie bij deze uitspraak (JOR 1998/146), die op grond van art. 3:11 BW van mening zijn dat bij reden tot twijfel de derde moet onderzoeken.

15 Farrar (1998), p. 397 e.v.

houder van meer dan 5 % van de aandelen, waarover de aandeelhouders moeten besluiten. Een overeenkomst die niet is goedgekeurd is niettemin geldig, mits de betrokken persoon en mogelijk de voorzitter en andere leden van het bestuur de gevolgen dragen die schadelijk kunnen zijn voor de vennootschap.

De Expertgroep meent dat de rechtszekerheid wordt gediend indien de externe werking wordt vervangen door de interne werking. Op deze wijze zal minder behoefte bestaan bij vennootschappen om statutair af te wijken van het wettelijk uitgangspunt dat in goedkeuring van de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan voorziet. Een verdergaande openbaarmakingsverplichting dan hierna wordt voorzien in art. 2:256 lid 2 acht de Expertgroep niet nodig, nu de regeling is bedoeld ter bescherming van aandeelhouders.

d. Aanbevelingen

De wet bepaalt dat voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, voorafgaande goedkeuring is vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de statuten anders bepalen. De vennootschap kan geen beroep doen op het ontbreken van de goedkeuring jegens derden.

Artikel 2:256 BW

1. *Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of een commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, voorafgaande goedkeuring vereist van de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan. Het ontbreken van de goedkeuring kan niet aan een derde worden tegengeworpen.*

2. *Indien de goedkeuring wordt verleend door een ander orgaan dan de algemene vergadering, wordt de verleende goedkeuring aan de algemene vergadering schriftelijk meegedeeld, uiterlijk in de eerste algemene vergadering die na afloop van het boekjaar wordt gehouden.*

5.2 Doeloverschrijding

a. Huidige regeling

Het doel van een BV moet in haar statuten worden vermeld, zo blijkt uit art. 2:177 lid 1 BW. Onder doel wordt verstaan het blijkens de statuten beoogde terrein van werkzaamheden van de vennootschap.¹⁶ Verricht de vennootschap een rechtshandeling die het doel overschrijdt, dan kan deze door de vennootschap worden vernietigd indien de derde met wie is gehandeld dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten, aldus art. 2:7 BW.¹⁷ Dit wordt aangeduid met de term externe werking van doeloverschrijding. In de praktijk komt vernietiging van een rechtshandeling op grond van doeloverschrijding weinig voor.¹⁸ Doeloverschrijding heeft echter ook interne werking; de bestuurder die met zijn handelen het doel van de vennootschap overschrijdt, vervult in beginsel zijn taak niet behoorlijk hetgeen op grond van art. 2:9 BW tot aansprakelijkheid jegens de vennootschap kan leiden.¹⁹ Het is vaste rechtspraak dat bij de beoordeling van de vraag of het statutaire doel door een bepaalde rechtshandeling wordt overschreden, alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.²⁰ De wijze waarop het doel in de statuten is opgenomen, is daarvoor niet alleen beslissend.²¹ Voorts moet met name in aanmerking worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de desbetreffende rechtshandeling.²² Het laatstgenoemde aspect speelt vooral in concernverhoudingen indien een groepsmaatschappij persoonlijke aansprakelijkheid aanvaardt voor de schuld(en) van (een) andere groepsmaatschappij(en).²³

16 Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997), nr. 74. In paragraaf 5 Departementale Richtlijnen stond dat in de doelomschrijving de belangrijkste werkzaamheden van de onderneming van de vennootschap duidelijk moet worden vermeld. Deze bepaling is bij de invoering van de Wet herziening preventief toezicht niet gecodificeerd.

17 Zie over de voorlopers van art. 2:7 BW: Groenewald (2001), hoofdstuk 6-8.

18 Vgl. Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 58; Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997), nr. 76.

19 Groenewald (2004/I), p. 26; Van Solinge (2002), p. 109; Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 59.

20 HR 7 februari 1992, r.o. 3.3, NJ 1992, 438 m.nt. J.M.M. Maeijer (Astro).

21 HR 16 oktober 1992, r.o. 3.2, NJ 1993, 98 m.nt. J.M.M. Maeijer (Westland-Utrecht Hypotheekbank).

22 HR 20 september 1996, r.o. 3.4, NJ 1997, 149 (Playland). Zie ook Van Solinge (2002), p. 113 e.v.

23 Zie Bartman/Dorresteyn (2003), p. 175 e.v.; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 58.

Op de wederpartij rust niet de verplichting om door raadpleging van de statuten van de rechtspersoon na te gaan of de rechtshandeling zich met de statuten verdraagt. Onder omstandigheden mag van hem evenwel een zekere mate van onderzoek worden gevergd.²⁴

b. Knelpunten

In de praktijk wordt de externe werking van doeloverschrijding als knelpunt ervaren. In de eerste plaats door vennootschappen zelf. Het heeft ertoe geleid dat vennootschappen hun toevlucht nemen tot uiterst ruime doelomschrijvingen.²⁵ Aldus wordt voorkomen dat zij worden beknot in hun flexibiliteit; bij een wijziging in haar bedrijfsactiviteit hoeft niet meteen het doel te worden aangepast. Ook de wederpartijen van vennootschappen ervaren de doelomschrijving als knelpunt, waarbij met name kan worden gewezen op financiers zoals banken. Bij hen rijst de vraag wanneer zij hadden kunnen of moeten weten dat een handeling in strijd met het doel van de vennootschap was, zodat de rechtshandeling door de vennootschap kan worden vernietigd.²⁶

c. Kanttekeningen

Art. 2:7 BW is gebaseerd op art. 9 Eerste EEG-richtlijn 68/151/EEG.²⁷ De richtlijn hanteert als uitgangspunt dat doeloverschrijding slechts interne werking heeft, maar laat lidstaten de mogelijkheid hieraan externe werking toe te kennen, indien de vennootschap bewijst dat de derde van de doeloverschrijding wist of behoorde te weten.

24 Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de transactie 'zeer verdacht' is, aldus Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 78.1. Zie ook Groenewald (2001), p. 132-133.

25 Groenewald (2004/I), p. 25; Van Schilfgaarde/Winter (2003), nr. 58; Van Solinge (2002), p. 122; Timmerman (2000), p. 140.

26 Van Solinge (2002), p. 117, meent dat banken – bij een concernfinanciering – niet kunnen afgaan op mededelingen van de groepsmaatschappij. Op de banken rust volgens Van Solinge in dit geval wel een onderzoeksplicht.

27 Art. 9 Eerste Richtlijn luidt:

1. De vennootschap wordt ten opzichte van derden gebonden door de rechtshandelingen welke door haar organen worden verricht, ook al vallen deze handelingen niet onder het vennootschapsdoel, tenzij door genoemde handelingen de bevoegdheden worden overschreden welke aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegekend. De Lid-Staten kunnen evenwel bepalen dat de vennootschap niet wordt gebonden als deze handelingen de grenzen van het vennootschapsdoel overschrijden, indien zij bewijst dat de derde wist dat de handeling de grenzen van dit doel overschreed of hiervan, gezien de omstandigheden, niet onkundig kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is hiertoe echter geen voldoende bewijs

Het Belgische recht maakt onderscheid tussen doel en oogmerk in art. 1 WvV.²⁸ De sanctie op doeloverschrijding is vergelijkbaar met de huidige Nederlandse regeling (art. 258 WvV).²⁹ Hetzelfde geldt voor de Franse Sarl (art. L. 223-18). Op grond van § 3 I sub 2 GmbHG moeten de statuten van een GmbH het gebied vermelden waarop zij werkzaam is. Deze omschrijving van de *Gegenstand*, die zeer concreet moet zijn, heeft louter interne werking.³⁰ In het Engelse recht werd een handeling *ultra vires* lange tijd nietig geacht, maar sinds 1989 lijkt de externe werking van deze regeling zeer beperkt te zijn.³¹ Op grond van art. 2475-bis lid 2 Codice Civile kan een rechtshandeling in strijd met het doel van een Italiaanse Sarl niet aan een derde worden tegengeworpen, tenzij deze doelbewust heeft gehandeld om de vennootschap te schaden. Het Antilliaanse BW verplicht tot het opnemen van een doelomschrijving in de statuten van een rechtspersoon. Deze doelomschrijving heeft externe werking, tenzij in de statuten een beroep op doeloverschrijding is uitgesloten. Als de statuten een dergelijke uitsluiting niet bevatten, kan de vennootschap binnen zes maanden na de dag waarop de doeloverschrijdende rechtshandeling is verricht een beroep op vernietiging doen. Daarna vervalt deze bevoegdheid.³²

In de praktijk pleegt men bij BV's de doelomschrijving soms zo ruim te stellen dat deze in wezen nietszeggend is. Sommigen menen dan ook dat bij een BV het opnemen in de statuten van een doelomschrijving facultatief moet zijn.³³ Dit biedt de mogelijkheid voor de oprichters van een BV om

28 Artikel 1 WvV luidt:

Een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen.

29 Art. 258 WvV luidt:

De vennootschap is verbonden door de handelingen van de zaakvoerders, zelfs indien die handelingen buiten haar doel vallen, tenzij zij bewijst dat de derde daarvan op de hoogte was of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is echter geen voldoende bewijs.

30 Lutter/Hommelhoff (2000), p. 73. Voor zover uit deze omschrijving niet reeds het *Zweck* van de GmbH volgt, moet dit apart worden vermeld. Met *Zweck* (of *Ziel*) wordt een meer algemene omschrijving bedoeld als 'het beogen van winst'. Het onderscheid tussen *Gegenstand* en *Zweck* wordt – zelfs door de wet – niet steeds zuiver gehanteerd, aldus Lutter/Hommelhoff (2000), p. 58-59.

31 Zie Farrar (1998), p. 98 e.v. en Groenewald (2001), p. 54.

32 Zie art. 2:13 en 202 lid 1 NA BW.

33 Evenzo: Groenewald (2004/I), p. 26; Van Solinge (2002), p. 123; Timmerman (2000), p. 142.

geen doel in de statuten op te nemen. De Expertgroep merkt op dat een statutaire doelomschrijving wenselijk kan zijn ter bescherming van aandeelhouders. Het knelpunt ligt haars inziens niet zozeer in de doelomschrijving als zodanig, als wel in de externe werking ervan. De Expertgroep meent dan ook dat de vennootschap geen beroep op artikel 2:7 zou moeten kunnen doen.³⁴

Overigens signaleert de Expertgroep dat ook bij het uitsluiten van de werking van art. 2:7, onder omstandigheden toch nog sprake kan zijn van enige rechtsonzekerheid. Dat geldt met name in geval van een strikte doelomschrijving die de beoogde rechtshandeling evident uitsluit terwijl de beoogde wederpartij zich daarvan geheel bewust is. De Expertgroep meent dat dit probleem kan worden opgelost door in de statuten te bepalen dat ook rechtshandelingen buiten het doel kunnen worden aangegaan mits met goedkeuring van de algemene vergadering of een ander daartoe aangewezen orgaan. Aldus zou derden (bijvoorbeeld banken die financieringen verschaffen) volledige zekerheid kunnen worden gegeven. De Expertgroep heeft overwogen of een dergelijke 'bekrachtigingsregel' niet ook in de wet zou moeten worden opgenomen. Grote bezwaren daartegen ziet zij niet. Vooralsnog acht zij dat echter niet nodig en meent zij dat dit aan statuten kan worden gelaten.

d. Aanbeveling

De vennootschap kan geen beroep op artikel 2:7 BW. Vooralsnog is niet nodig een regeling tot 'bekrachtiging' van doeloverschrijdende handelingen in de wet op te nemen, maar kan dit aan statuten worden gelaten.

Artikel 2:177 BW

1. De akte van oprichting moet de statuten van de vennootschap bevatten. De statuten bevatten de naam, de zetel en het doel van de vennootschap.
2. De naam vangt aan of eindigt met de woorden Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot 'B.V.'.
3. De zetel moet zijn gelegen in Nederland.
4. *Artikel 2:7 BW is niet van toepassing.*

34 Zie ook Timmerman (2000), p. 143, en Groenewald (2004/I), p. 26.

5.3 Taal van de statuten

a. *Huidige regeling*

Ingevolge art. 2:176 BW moet de akte van oprichting, inclusief de daarin opgenomen statuten van de BV³⁵, worden verleden in de Nederlandse taal. Uit art. 2:234 lid 1 BW volgt dat ook bij latere statutenwijzigingen de taal van de statuten Nederlands moet blijven.

b. *Knelpunten*

De eis dat de statuten in de Nederlandse taal moeten luiden, is te streng en dient niet de internationale praktijk. In dit verband kan worden gewezen op de recente wijziging van de Eerste EEG-richtlijn op grond waarvan Nederlandse vennootschappen de mogelijkheid moet worden geboden hun akten behalve in het Nederlands ook nog in een of meer andere officiële EU-talen openbaar te maken.³⁶ De richtlijn laat lidstaten vrij in hun taalvoorschriften te bepalen in welke talen de akten moeten worden openbaar gemaakt, terwijl lidstaten daarnaast worden verplicht toe te staan dat akten in een van de officiële talen van de Europese Unie worden openbaar gemaakt.

c. *Kanttekeningen*

Aansluiting kan worden gezocht bij de bepalingen inzake de jaarrekening (art. 2:362 lid 7 BW) en het jaarverslag (art. 2:391 lid 1 BW): de statuten luiden in de Nederlandse taal, tenzij de oprichters of algemene vergadering van aandeelhouders tot het gebruik van een andere taal hebben besloten.³⁷ De mogelijkheid om een andere taal voor de statuten te kiezen zou beperkt dienen te zijn tot de Engelse, Duitse of Franse taal.³⁸ Indien er meer dan één taalversie van de statuten bestaat, moet in de statuten worden aangegeven welke taal als de officiële taal wordt beschouwd.

35 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 55; Van der Heijden/Van der Grinten (1992), nr. 133.

36 Richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003 tot wijziging van Richtlijn 68/151/EEG van de Raad met betrekking tot de openbaarmakingsvereisten voor bepaalde soorten ondernemingen, PbEU 4 september 2003, L 221, p. 13-16. Uiterlijk 31 december 2006 moeten de lidstaten aan deze richtlijn voldoen. Vgl. Gepken-Jager en Schutte-Veenstra (2002), p. 297-298.

37 Art. 42 lid 1 Wet op het notarisambt laat uitdrukkelijk toe dat een notariële akte wordt verleden in een vreemde taal, mits de notaris die taal voldoende verstaat.

38 Vgl. art. 2:27 lid 2 BW, op grond waarvan de akte van oprichting van een vereniging in de Friese taal kan luiden indien de vereniging haar zetel in de provincie Fryslân heeft.

d. Aanbevelingen

De statuten van een BV kunnen in een andere taal dan het Nederlands kluiden, namelijk het Engels, Duits of Frans.

Artikel 2:176 BW

De akte van oprichting van de vennootschap wordt verleden in de Nederlandse, *Engelse, Duitse of Franse* taal. Een volmacht tot medewerking aan die akte moet schriftelijk zijn verleend.

Artikel 2:234 lid 1 BW

Van een wijziging in de statuten wordt, op straffe van nietigheid, een notariële akte opgemaakt. De akte wordt verleden in de Nederlandse, *Engelse, Duitse of Franse* taal.

SAMENVATTING VAN DE BELANGRIJKSTE AANBEVELINGEN

De door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken ingestelde Expertgroep had tot opdracht "aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd." Aan het slot van dit rapport kan worden geconstateerd dat die taakopdracht in een groot aantal aanbevelingen heeft geresulteerd.

Die aanbevelingen zullen bij implementatie het karakter van de BV ingrijpend wijzigen. De oprichting van en BV zal aanzienlijk zijn vereenvoudigd en de vrijheid van inrichting voor aandeelhouders zal overheersen. Daar zal wel tegenover staan dat op een aantal onderdelen de bescherming van crediteuren meer gewicht zal krijgen.

De belangrijkste aanbevelingen worden hieronder, per hoofdstuk, in verkorte vorm weergegeven. De nummers voorafgaande aan de aanbevelingen verwijzen naar de paragrafen van het rapport waarin de aanbeveling aan de orde komt en nader wordt toegelicht.

Aanbevelingen met betrekking tot hoofdlijnen en uitgangspunten (Hoofdstuk 1)

- 1.2 De wettelijke regeling van de BV bestaat grotendeels uit regelend recht. Vrijheid van inrichting is een belangrijk uitgangspunt.
- 1.4 De BV-vorm is toegankelijk, een minimumkapitaal is wettelijk niet vereist en formaliteiten voor oprichting zijn beperkt (geen verplichte inbrengcontrole, bankverklaring etc) (zie ook § 1.6).
- 1.5 Het BV-recht voorziet in een evenwichtige bescherming van derden onder andere door het bestuur de bevoegdheid te geven te toetsen of na een uitkering aan aandeelhouders de vennootschap haar schulden kan voldoen (zie ook § 4.1.3).

- 1.11 Het bestaande BV-recht wordt grondig hervormd. Na herziening is de BV geschikt voor een breed palet van toepassingsmogelijkheden. Er is (dan) geen behoefte aan een nieuwe rechtsvorm.

Aanbevelingen met betrekking tot orgaanstructuur en bevoegdheden van organen (Hoofdstuk 2)

- 2.1.2 Een BV kent een duale structuur met in ieder geval een bestuur en een algemene vergadering. Ook de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders kan buiten vergadering plaatsvinden. Indien de jaarrekening is ondertekend door de bestuurders die tevens alle aandeelhouders zijn, wordt vermoed dat de vaststelling van de jaarrekening buiten vergadering heeft plaatsgevonden.
- 2.2.2 In de statuten kan worden bepaald dat de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding tot benoeming van een of meer bestuurders bevoegd is. De wettelijke regeling inzake de bindende voordracht vervalt. De statuten kunnen de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders, behalve aan het orgaan dat de bestuurders benoemt, tevens aan een ander orgaan toekennen tot ontslag van deze bestuurders.
- 2.2.3 De wet faciliteert de one-tier board en legt vast dat een onderscheid tussen uitvoerende en toezichhoudende bestuurders ook relevant is voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van beide categorieën.
- 2.2.4 Tot uitdrukking wordt gebracht dat het bestuur zich mag richten naar algemene of concrete instructies van een ander orgaan, tenzij dat in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
- 2.3.1 Iedere aandeelhouder heeft het recht het bestuur en de raad van commissarissen te verzoeken een algemene vergadering bijeen te roepen. De aandeelhouder kan aan de voorzieningenrechter een rechterlijke machtiging tot bijeenroeping verzoeken als aan het verzoek geen gevolg wordt gegeven, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.

- 2.3.2 De wettelijke termijn voor oproeping van de algemene vergadering bedraagt 7 dagen, tenzij de statuten anders bepalen. De oproeping kan ook langs elektronische weg geschieden. De statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering buiten Nederland kan plaatsvinden.
- 2.3.3 Besluitvorming buiten vergadering is ook mogelijk als certificaten zijn uitgegeven.
- 2.3.4 Bestuurders en commissarissen hebben het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren. Dit geldt niet bij besluitvorming buiten vergadering.
- 2.4 De regels omtrent benoeming en ontslag van bestuurders gelden *mutatis mutandis* voor commissarissen.

Aanbevelingen met betrekking tot aan aandelen en certificaten verbonden rechten (Hoofdstuk 3)

- 3.1.1 Verbintenissen kunnen aan aandeelhouders bij statuten worden opgelegd mits nauwkeurig omschreven. Niet gebonden zijn betrokken aandeelhouders als zij aan de uit de verbintenis voortvloeiende verplichting zouden zijn gebonden indien deze ten tijde van het besluit tot statutenwijziging in de statuten zou zijn opgenomen.
- 3.1.2 De overdracht van aandelen is vrij tenzij de statuten de overdraagbaarheid beperken. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat een statutaire uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde termijn mogelijk is.
- 3.1.3 De regeling inzake mogelijke aanbiedings- en overdrachtsplichten (art. 2:195a) wordt verduidelijkt.
- 3.1.4 De regeling inzake te stellen kwaliteitseisen (art. 2:195b) wordt verduidelijkt. Een ten gevolge van een kwaliteitseis beknelde aandeelhouder moet steeds kunnen uittreden. Als geen van de aandeelhouders meer aan een kwaliteitseis voldoet, vervalt de opschorting van het stemrecht.

- 3.1.4 Een goede, effectieve en efficiënte geschillenregeling die voorziet in uitkoop c.q. uitstoting van minderheidsaandeelhouders is een noodzakelijk sluitstuk van een evenwichtig BV-recht (zie ook § 1.17)
- 3.2.1 Art. 2:228 BW wordt zodanig gewijzigd dat een flexibele regeling van het stemrecht mogelijk is ongeacht de nominale waarde van de aandelen. Differentiatie van stemrecht naar onderwerp is mogelijk.
- 3.2.1 Aan ieder aandeel is ten minste een stem verbonden. Er zijn geen aandelen zonder stemrecht.
- 3.2.2 Vergaderrechten van certificaathouders kunnen bij statuten worden bepaald en beperkt.

Aanbevelingen met betrekking tot kapitaal en vermogensbescherming (Hoofdstuk 4)

- 4.1.1 De algemene vergadering bepaalt de bestemming van de winst, tenzij bij of krachtens de statuten anders is bepaald. 'Krachtens de statuten' vereist een door een aangewezen orgaan vastgesteld reglement of een overeenkomst tussen alle aandeelhouders.
- 4.1.2 De statuten kunnen bepalen dat aan aandelen van een soort of aanduiding geen recht op winst en/of op de reserves van de vennootschap is verbonden.
- 4.1.3 In art. 2:216 BW wordt opgenomen dat het bestuur zich steeds een oordeel dient te vormen omtrent de liquiditeitspositie van de vennootschap na een uitkering aan aandeelhouders en een dergelijke uitkering kan verhinderen (op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid). Er wordt een nadere regeling inzake uitkering ten laste van vrije reserves opgenomen.
- 4.1.4 De regeling van financiële steunverlening (art. 207c) handhaaft het verbod tot het geven van een koersgarantie. Overige vormen van financiële steunverlening bij de koop van aandelen worden toegestaan mits voldaan wordt aan dezelfde vereisten die gelden voor het doen van uitkeringen (conform het aanbevolen nieuwe art. 2:216 lid 2 BW).

- 4.2.1 De wet vereist geen minimumkapitaal.
- 4.2.1 Aandelen hebben een nominale waarde. Uitgifte beneden pari blijft verboden.
- 4.2.4 De wettelijke verjaringstermijn voor de stortingsplicht wordt gesteld op 20 jaar.
- 4.2.3 Een bankverklaring bij storting in geld bij oprichting is niet vereist.
- 4.2.6 Het verbod op inbreng van arbeid en diensten wordt gehandhaafd.
- 4.2.7 Bij inbreng in natura is geen verplichte accountantsverklaring vereist.
- 4.2.8 De wet bepaalt dat bedongen agio niet onder de wettelijke stortingsplicht valt.
- 4.2.9 De Nachgründungsregelung vervalt.
- 4.2.10 De inkoopbeperking van 50% van het geplaatste kapitaal vervalt. Inkoop van aandelen geschiedt onder de voorwaarden van een uitkering aan aandeelhouders overeenkomstig het aanbevolen art. 2:216 lid 2 sub b BW.
- 4.2.11 Het begrip ‘maatschappelijk kapitaal’ wordt gehandhaafd. Het vereiste dat ten minste een vijfde deel van het maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst (art. 2:178 lid 4 BW), wordt echter geschrapt.
- 4.2.13 De verzetregeling bij kapitaalvermindering wordt afgeschaft. Voor besluiten tot kapitaalvermindering die tevens een uitkering aan aandeelhouders betekenen, worden de vereisten van het aanbevolen art. 2:216 lid 2 BW in acht genomen incl. een toets door het bestuur dat crediteuren niet worden benadeeld.

Aanbevelingen met betrekking tot tegenstrijdig belang en doeloverschrijding (Hoofdstuk 5)

- 5.1 Is bij een rechtshandeling sprake van een tegenstrijdig belang met een bestuurder of commissaris, dan is voorafgaande goedkeuring

vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de statuten anders bepalen. Het ontbreken van de goedkeuring kan niet aan derden worden tegengeworpen (geen "externe werking" dus).

- 5.2 De BV kan jegens derden geen beroep doen op doeloverschrijding. Art. 2:7 is op de BV niet van toepassing.
- 5.3 De statuten van een BV kunnen in een andere taal dan het Nederlands luiden, namelijk het Engels, Duits of Frans.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

- Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997)
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon, achtste druk bewerkt door J.M.M. Maeijer, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997.
- Asser/Maeijer 2-III (2000)
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, tweede druk bewerkt door J.M.M. Maeijer, m.m.v. F.J.P. van den Ingh, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000.
- Asser/Maeijer 5-V (1995)
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, deel V, Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, zesde druk bewerkt door J.M.M. Maeijer, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995.
- Baert (1999)
P. Baert, Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken, TRV 1999, p. 127-151.
- Bartman (2002)
S.M. Bartman, Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht, in: L. Timmerman e.a., Concernverhoudingen, Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001, Serie vanwege Van der Heijden Instituut, deel 69, Kluwer, Deventer 2002, p. 29-45.
- Bartman /Dorresteyn (2003)
S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, vijfde druk, Gouda Quint, Deventer 2003.
- Baumbach/Hueck/Fastrich (1996)
GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 1996.
- Beckman (1986)
H. Beckman, De vrije ruimte van het eigen vermogen, Een wettelijk raadsel, NV 1986, p. 130-139.
- Beckman en Timmerman (2002)
H. Beckman en L. Timmerman, Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening, Ondernemingsrecht 2002/8, p. 227-230.
- Beckman (2003)
H. Beckman, Jaarrekening en kapitaalbescherming, in: H. Beckman, L.G. van der Tas en P.M. van der Zanden, Jaarrekeningenrecht, Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' 2003, Kluwer, Deventer 2003, p. 1-64.
- Ten Berg (2002)
J.A.M. ten Berg, Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten, in: D.F.M.M. Zaman en P.J. Dortmund (red.), Statuten zonder bezwaar, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, p. 161-207.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Beuthien en Gätsch (1992)
V. Beuthien en A. Gätsch, Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR 1992, blz. 459-479.
- Bier (2003)
B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 42, Kluwer, Deventer 2003.
- Blanco Fernández (1999)
J.M. Blanco Fernández, Vennootschapsrechtelijke werking van stemovereenkomsten, Ondernemingsrecht 1999/6, p. 148-151.
- Blanco Fernández (2002)
J.M. Blanco Fernández, De zogenoemde hoorplicht bij ontslag van bestuurders, JOR-plus 2002, p. 16-21.
- Den Boogert (1991)
M.W. den Boogert, Aandeelhouderscontracten en joint venture-BV's, in: L. Timmerman e.a., Ondernemingsrechtelijke contracten, Verslag van een congres, gehouden op 8 en 9 maart 1991 georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 14, Kluwer, Deventer 1991, p. 71-79.
- Den Boogert (1992)
M.W. den Boogert, Boekbespreking van: C.A. Schwarz, Aandelen zonder stemrecht, WPNR 1992/6031, p. 12-13.
- Den Boogert (1995)
M.W. den Boogert, Aanpassing van Boek 2 BW voor jointventure-doeleinden?, AA 1995/5, p. 354-360.
- Boschma (1997)
H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, deel 28, Kluwer, Deventer 1997.
- Buijn (1999)
F.K. Buijn, Statuten: terug naar de overeenkomst?, Ondernemingsrecht 1999/5, p. 120-123.
- Buijn (2002/I)
F.K. Buijn, De inrichting van statuten van vennootschappen, Ondernemingsrecht 2002/9, p. 264-268.
- Buijn (2002/II)
F.K. Buijn, Naschrift, Ondernemingsrecht 2002/15, p. 489-490.
- Buijs (1995)
D.C. Buijs, Stemrechtloze aandelen, in: P. van Schilfgaarde e.a., Knelpunten in de vennootschapswetgeving, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 24, Kluwer, Deventer 1995, p. 53-61.
- McCahery en Vermeulen (2004)
J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, Fundamentele herziening van de commanditaire vennootschap: een pure noodzaak!, NJB 2004/7, p. 322-328.
- Dijk/Van der Ploeg (2002)
P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Gouda Quint, Deventer 2002.

- Dorresteyn (1998)
A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: de stand van zaken, WPNR 1998/6337, p. 750-754.
- Dortmond (1989)
P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 31, Kluwer, Deventer 1989.
- Dortmond (1995)
P.J. Dortmond, Tegenstrijdig belang, in: P. van Schilfgaarde e.a., Knelpunten in de vennootschaps-wetgeving, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 24, Kluwer, Deventer 1995, p. 7-21.
- Dortmond (1996)
P.J. Dortmond, De adviserende stem van bestuurders en commissarissen bij een besluit buiten ver-gadering, NV 1996, p. 27-29.
- Dortmond (2000)
P.J. Dortmond, Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling, oratie UL, Kluwer, Deventer 2000.
- Dortmond (2003/I)
P.J. Dortmond, De one-tier board in een Nederlandse vennootschap, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., Nederlands ondernemingsrecht in grens-overschrijdend perspectief, Uitgave vanwege het In-stituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Kluwer, Deventer 2003, p. 111-123.
- Dortmond (2003/II)
P.J. Dortmond, Extra verplichtingen voor aandeelhouders, Ondernemingsrecht 2003/9, p. 333-336.
- Dumoulin (1999)
S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, Kluwer, Deventer 1999.
- Dumoulin (2004)
S.H.M.A. Dumoulin, De organisatie van de Europese vennootschap, in: H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen en J.W. Bellingwout, De Europese vennootschap (SE), Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004, Kluwer, Deventer 2004, p. 87-138.
- Van Duuren (2002)
T.P. van Duuren, De joint venture-vennootschap, Een persoonsgebonden kapitaalven-nootschap, Center for Company Law, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2002.
- Van Duuren (2004)
T.P. van Duuren, De positie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar buitenlandse equivalen-ten en de Europese BV, Ondernemingsrecht 2004/1-2, p. 4-10.
- Frielink (1991)
K. Frielink, Onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdraagbaarheid van aandelen en cer-tificaten, TVVS 1991/7, p. 179-182.
- Frielink (2002)
K. Frielink, Aard en karakter van statuten, Ondernemingsrecht 2002/15, p. 488-489.
- Frielink (2003)
K. Frielink, Rechtspersonen en Personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans Recht, Kluwer, Deventer 2003.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Fröhlingsdorf (2003)
J. Fröhlingsdorf, Die neue spanische GmbH: Neues Unternehmen, Eine Blitz-GmbH?, RIW 2003/8, p. 584-588.
- Gepken-Jager (2000)
E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, deel 34, Kluwer, Deventer 2000.
- Gepken-Jager en Schutte-Veenstra (2002)
E.E.G. Gepken-Jager en J.N. Schutte-Veenstra, Voorstel tot vereenvoudiging en modernisering van de openbaarmakingsvereisten van de eerste EEG-richtlijn vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2002/10, p. 296-300.
- Groenewald (2001)
Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 38, Kluwer, Deventer 2001.
- Groenewald (2004/I)
Th. Groenewald, De doelloze BV, Ondernemingsrecht 2004/1-2, p. 25-27.
- Groenewald (2004/II)
Th. Groenewald, Risico's bij tracking stock, Ondernemingsrecht 2004/6, p. 194-200.
- De Groot (2001)
H. de Groot, Waarom krijgen wij geen LLC?, Ondernemingsrecht 2001/9, p. 254-261.
- Guyon (1994)
Y. Guyon, Die Société par Actions Simplifiée (SAS) – eine neue Gesellschaftsform in Frankreich, ZGR 1994, p. 551.
- Hamers/Schwarz/Zaman (2003)
J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), Almanak voor de Stichting en de Vereniging, Juridische handleiding voor bestuurders, commissarissen en adviseurs, Uitgeverij Paris, Zutphen 2003.
- Van der Heijden/Van der Grinten (1992)
E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, m.m.v. H.J.M.N. Honée en Th.C.M. Hendriks-Jansen, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992.
- Huiskes (2003/I)
C.R. Huiskes, Een monistisch bestuursmodel voor de NV/BV, JutD 2003/19, p. 18-24.
- Huiskes (2003/II)
C.R. Huiskes, Art. 2:216 BW – Uitkeringen ten laste van de winst en reserves, TvI 2003/Curator en kapitaalbescherming, p. 216-224.
- Huizink (1995)
J.B. Huizink, Perikelen rond de besluitvorming van aandeelhouders, WPNR 1995/6205, p. 837-841.
- Huizink (2001)
J.B. Huizink, Bewilligde of niet-bewilligde certificaten, WPNR 2001/6554, p. 693-694.

- Van den Ingh (1991)
F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 35, Kluwer, Deventer 1999.
- Van den Ingh (2000)
F.J.P. van den Ingh, De bestuursstructuur van Fortis, *Ondernemingsrecht* 2000/6, p. 138-143.
- Van den Ingh (2002)
F.J.P. van den Ingh, De bevelsstructuur in de vennootschap, in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen, Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege Van der Heijden Instituut, deel 69, Kluwer, Deventer 2002, p. 13-27.
- Van den Ingh (2003)
F.J.P. van den Ingh, Met medewerking uitgegeven certificaten, *SV&V* 2003/5, p. 181-185.
- Janke (1996)
R. Janke, *Die Nebenleistungspflichten bei der GmbH*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main 1996.
- Kiersch (2003)
E.D.G. Kiersch, Grensoverschrijdende samenwerking en de noodzaak van een eenvoudig bv recht, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 40, Kluwer, Deventer 2003, p. 141-158.
- De Kluiver (1994)
H.J. de Kluiver, Het vennootschapsrecht moet worden versoepeld ... en verscherpt, *TVVS* 1994 p. 174-179.
- De Kluiver (1995/I)
H.J. de Kluiver, Joint ventures en stemovereenkomsten, Een rechtsvergelijkend perspectief, *Ars Aequi* 1995 (themanummer Joint Ventures), p. 432-447.
- De Kluiver (1995/II)
H.J. de Kluiver, European and American company law, how about living apart together?, in: J. Wouters e.a., *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, 1995.
- De Kluiver (1996)
H.J. de Kluiver, "Mag het nog ietsje meer zijn?", *NJB* 1996, p. 143-145.
- De Kluiver (1998)
H.J. de Kluiver, Kort Amerikaans in het vennootschapsrecht, *Ars Aequi* 1998/5, p. 55-64.
- De Kluiver (2004)
H.J. de Kluiver, Een vennootschap in wording, in: H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen en J.W. Bellingwout, *De Europese vennootschap (SE)*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004, Kluwer, Deventer 2004, p. 1-86.
- De Kluiver en Van Gerven (1995)
H.J. de Kluiver en W. van Gerven, *The European Private Company?*, Maklu, Antwerpen 1995.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- De Kluiver en Meinema (2002)
H.J. de Kluiver en M. Meinema, Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aan-vulling, WPNR 2002/6503, p. 648-659.
- Van der Korst (2002)
P.J. van der Korst, Bestuursautonomie, JOR-plus 2002, p. 22-29.
- Leijten (2000)
A.F.J.A. Leijten, Geschillen tussen aandeelhouders, in: A.F.J.A. Leijten e.a., Conflicten rondom de rechtspersoon, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, Kluwer, Deventer 2000, p. 1-14 en p. 135-137.
- Lennarts/Schutte-Veenstra (2004)
M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, in d-rapport d.d. 31 maart 2004, Rijksuniversiteit Groningen.
- Liem en Ex (2000)
Th. Liem en D.J. Ex, Tracking stock: een alternatief voor splitsing van beursvennootschappen?, Ondernemingsrecht 2000/11, p. 313-317.
- Lutter/Hommelhoff (2000)
M. Lutter en P. Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000.
- Meijers (2004)
V.A.E.M. Meijers, Reactie op 'Bewilliging van certificaten van aandelen' van mrs. H.J. Portengen en I.C.P. Groenland in WPNR (2003) 6559, WPNR 2004/5666, p. 141-143
- Meinema (2003)
M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 43, Kluwer, Deventer 2003.
- Mohr (1993)
A.L. Mohr, Spijkers, Ondernemingsrecht op de breuklijn van praktijk en wetenschap, oratie, Gouda Quint, Amhem 1993.
- Mohr (1997)
A.L. Mohr, Hoe schatplichtig is de vennootschap aan het vrije contractenrecht?, in: J.L.P. Cahen bundel, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 217-228.
- De Monchy (1996)
C.W. de Monchy, Op weg naar een joint-venture regime?, TVVS 1996/1, p. 2-5.
- De Monchy (2002)
C.W. de Monchy, Een NV, een BV of een EV?, Ondernemingsrecht 2002/15, p. 462-465.
- Van Mourik (1999)
M.J.A. van Mourik, Herziening van het preventief toezicht, WPNR 1999/6344, p. 99-103.
- Neye en Teichmann (2003)
H.-W. Neye en C. Teichmann, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft 2003/4, p. 169-179.

- Van Olffen (2000)
M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 64, Kluwer, Deventer 2000.
- Van Olffen (2002)
M. van Olffen, Juridische en niet juridische splitsing in concernverband, in: L. Timmerman e.a., Concernverhoudingen, Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001, Serie vanwege Van der Heijden Instituut, deel 69, Kluwer, Deventer 2002, p. 97-124.
- Pitlo/Raaijmakers (2000)
A. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 2, Vennootschaps- en rechtspersonen-recht, vierde druk bewerkt door M.J.G.C. Raaijmakers, Gouda Quint, Deventer 2000.
- Portengen (2002)
H.J. Portengen, Aandeelhoudersovereenkomst als kwaliteitseis?, WPNR 2002/6514, p. 842-847.
- Portengen en Groenland (2003)
H.J. Portengen en I.C.P. Groenland, Bewilliging van certificaten van aandelen, WPNR 2003/6559, p. 947-952.
- Raaijmakers (1987)
M.J.G.C. Raaijmakers, Rechtspersonen tussen contract en instituut, oratie, Kluwer, Deventer 1987.
- Raaijmakers (1991)
M.J.G.C. Raaijmakers, Over de rechtsbetrekkingen tussen aandeelhouders in een 'Quasi-Vof', in: Schoordijk bundel, Kluwer, Deventer 1991, p. 203 – 222.
- Raaijmakers (1992)
M.J.G.C. Raaijmakers, Enkele beschouwingen over joint ventures, preadvies voor de NVVR, Kluwer, Deventer 1992.
- Raaijmakers (1994)
M.J.G.C. Raaijmakers, Besloten' vennootschappen: quasi-n.v. of quasi-vof, Ars Aequi 1994, p. 340-348.
- Raaijmakers (2001)
M.J.G.C. Raaijmakers, Een Europese BV of hervorming van nationaal recht voor 'besloten ondernemingsvormen', Ondernemingsrecht 2001/11, p. 322–327.
- Raaijmakers (2002)
M.J.G.C. Raaijmakers, Herziening van het Nederlandse ondernemingsrecht, WPNR 2002/6505, p. 683-692.
- Rensen (2001)
G.J.C. Rensen, Statutaire aanbiedings- en overnameverplichtingen, Ondernemingsrecht 2001/16, p. 484-489.
- Rickford (2002)
J. Rickford, Forthcoming Change in Corporate Law in the UK – the British Company Law Review and Beyond, Ondernemingsrecht 2002/11, p. 325-332.
- Sanders/Westbroek (1998)
P. Sanders en W. Westbroek, BV en NV, Het nieuwe ondernemingsrecht, achtste druk, bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, Kluwer, Deventer 1998.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Van der Sangen (2003)
G.J.H. van der Sangen, Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen, SV&V 2003/1, p. 32-42.
- Scheltema (1936)
F.G. Scheltema, Blokkering van aandelen in Naamloze Vennootschappen, deel II, NV 1936/2, p. 33-36.
- Van Schilfgaarde (2000/I)
P. van Schilfgaarde, De Besloten Vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen, Ondernemingsrecht 2000/2, p. 31-36.
- Van Schilfgaarde (2000/II)
P. van Schilfgaarde, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het privaatrecht, NJB 2000/22, p. 1093-1098.
- Van Schilfgaarde (2000/III)
P. van Schilfgaarde, Uittreding van aandeelhouders bij de Antilliaanse BV, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Yin – Yang, Bundel opstellen, op 12 mei 2000 aangeboden aan prof. mr. M.J.A. van Mourik ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar, Kluwer, Deventer 2000, p. 271-276.
- Van Schilfgaarde (2002)
P. van Schilfgaarde, Statuten zonder bezwaar, WPNR 2002/6503, p. 639-648.
- Van Schilfgaarde/Winter (2003)
P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, dertiende druk, bewerkt door Jaap Winter, Kluwer, Deventer 2003.
- Schmidt (2002)
Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- Schoonbrood (2002)
J.D.M. Schoonbrood, De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale richtlijnen 1986, in: D.F.M.M. Zaman en P.J. Dortmund (red.), Statuten zonder bezwaar, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, p. 51-118.
- Schutte-Veenstra (2000)
J.N. Schutte-Veenstra, Denominalisatie van aandelen, in: J.B. Huizink e.a. (red.), A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Kluwer, Deventer 2000, p. 375-388.
- Schwarz (1990)
C.A. Schwarz, Aandelen zonder stemrecht, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het recht, in het bijzonder in het handels en ondernemingsrecht aan de Rijk s-universiteit Limburg, op 26 januari 1990, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990.
- Schwarz (2004)
C.A. Schwarz, De BV zonder wettelijk verplichte blokkering, Ondernemingsrecht 2004/1-2, p. 30-35.

- A.G. van Solinge (1995)
A.G. van Solinge, Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Serie Ondernemingen en Recht, deel 3, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995.
- Van Solinge (2002)
G. van Solinge, Doeloverschrijding en zekerheidstelling in concernverband, Een pleidooi voor afschaffing van de ultra vires-regel van art. 2:7 BW voor de naamloze en besloten vennootschap, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 24, Kluwer, Deventer 2002, p. 107-124.
- Stelling (2001)
K. Stelling, Reactie op 'Bewilligde of niet-bewilligde certificaten' van prof. mr. J.B. Huizink in WPNR (2001) 6454, p. 972-973 met naschrift J.B. Huizink, p. 973-974.
- Van Straten (2004)
I.J.C. van Straten, De bindende voordracht en artikel 2:228 BW, V&O 2004/2, p. 36-37.
- Strik (2003)
D.A.M.H.W. Strik, Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden, you cannot have your cake and eat it, Ondernemingsrecht 2003/10, p. 367-374.
- Timmerman (1992)
L. Timmerman, Is versoepeling van het Nederlandse n.v./b.v. recht wenselijk?, TVVS 1992 p. 163-168.
- Timmerman (1995)
L. Timmerman, Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht, TVVS 1995/7, p. 178-181.
- Timmerman (1999)
L. Timmerman, Over de toekomst van het vennootschapsrecht, RM Themis 1999/2, p. 43-51.
- Timmerman (2000)
L.T. Timmerman, Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging 2000, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000, p. 103-165.
- Timmerman (2004)
L. Timmerman, Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersvergadering, Ondernemingsrecht 2004/1-2, p. 27-30.
- Ulmer (1984)
P. Ulmer, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH? in: Festschrift für Winfried Werner, Walter de Gruyter, Berlin 1984.
- Van Veen (1999)
W.J.M. van Veen, Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang, Ondernemingsrecht 1999/4, p. 92-97
- Van Veen (2003/I)
W.J.M. van Veen, Over het aandeelhouderschap en statutaire verplichtingen, WPNR 2003/6520, p. 137-147.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Van Veen (2003/II)
W.J.M. van Veen, Kwaliteitseisen en beperkingen aan het aandeelhouderschap, WPNR 2003/6541, p. 567-571 (deel I) en WPNR 2003/6542, p. 586-590 (deel II).
- Vermeulen (2003)
E.P.M. Vermeulen, The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States, Kluwer Law International, Den Haag 2003.
- Voogd (1989)
R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen, Serie Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 32, Kluwer, Deventer 1989.
- Waaijer (1993)
B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 41, Kluwer, Deventer 1993.
- Waaijer (1996)
B.C.M. Waaijer, Aandeelhoudersovereenkomsten, Ars Notariatus LXXVIII, Kluwer, Deventer 1996.
- Winter (1990)
J.W. Winter, Uitkering van winst en reserves volgens artikel 2:105/216 BW, TVVS 1990/8, p. 189-193.
- Winter (2000)
J.W. Winter, Nieuw: de Antilliaanse Besloten Vennootschap (I) en (II), WPNR 2000/6385, p. 19-22 en WPNR 2000/6386, p. 36-41.

**BIJLAGE: ACHTERGRONDNOTITIE
 EXPERTBIJeenKOMSTEN BV-RECHT**

Inleiding

1. In 2000 heeft de Europese Raad in Lissabon als doelstelling geformuleerd dat Europa in 2010 de meest concurrerende markt ter wereld moet zijn. Lidstaten hebben sindsdien voorstellen gelanceerd om het ondernemerschap te bevorderen, onder meer door het vennootschapsrecht te hervormen. Spanje creëert een nieuwe rechtsvorm voor ondernemingen, de *Sociedad Limitada Nueva Empresa*. In een Frans wetsvoorstel wordt een serie maatregelen getroffen om het starten van een onderneming “simpel, snel en zonder zorgen” te maken. Het Verenigd Koninkrijk is bezig met een algehele herziening van het vennootschapsrecht, met als uitgangspunt “*think small first*”. De concurrentie tussen lidstaten op het gebied van het vennootschapsrecht wordt versterkt door de uitspraak van het Hof van Justitie inzake *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*, waarbij de vrijheid van vestiging van vennootschappen voorop wordt gesteld en de speelruimte van lidstaten om hieraan beperkingen op te leggen aan banden wordt gelegd.

2. Ook in Nederland wordt gewerkt aan *meer flexibele rechtsvormen*. Het kabinet werkt dat uit in een aantal voorstellen. Het wetsvoorstel personenvennootschappen (Kamerstukken II, 2002-03, 28 746, nr.s 1-4) vernieuwt de rechtsvormen maatschap en vennootschap onder firma en biedt onder meer de mogelijkheid een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid te kiezen. Ter uitvoering van verordening (EG) nr. 2157/2001 van 8 oktober 2001 (PbEG L 294/1) en de bijbehorende richtlijn 2001/86/EG (PbEG L 294/22) wordt tezamen met het Ministerie van Sociale Zaken gewerkt aan de uitvoeringswetten die de oprichting van een Europese vennootschap (SE) vanaf 8 oktober 2004, de datum van inwerkingtreding van de verordening, mogelijk maken.

Het project vereenvoudiging bv-recht

3. De *vereenvoudiging van het recht voor besloten vennootschappen* moet leiden tot verdere profilering van de bv ten opzichte van de nv (en de SE). Naast de VOF is de bv bij uitstek de ondernemingsvorm voor het midden- en kleinbedrijf. Ook wordt de bv gebruikt om concerns en joint-ventures structuur te geven. In dat kader is het kabinet het project vereenvoudiging bv-

recht gestart. Beoogd wordt het bv-recht flexibeler te maken en beter te laten aansluiten bij de praktijk.

Een eerste inventarisatie van literatuur en voorstellen in het buitenland heeft uitgewezen dat de wet en haar dwingendrechtelijk karakter in de weg kunnen staan aan wensen van aandeelhouders om afspraken in de statuten vast te leggen. Men denke aan de verhoudingen tussen aandeelhouders onderling en de bestuursstructuur van de bv (monistisch, dualistisch, of wellicht zonder het orgaan bestuur). Tevens is naar voren gekomen dat het huidige kapitaalbeschermingsrecht niet effectief wordt geacht om crediteuren te beschermen. In gesprekken met betrokkenen – (ondernemers) organisaties en hun adviseurs (organisaties) – is dit beeld bevestigd en aangevuld.

4. Het project zal moeten uitmonden in een wetsontwerp in de zomer van 2004. De voorbereiding van het wetstraject bestaat uit twee componenten: 1) in een rechtsvergelijkende studie wordt onderzoek verricht naar alternatieven voor kapitaalbescherming. Het onderzoeksrapport zal naar verwachting in januari 2004 beschikbaar zijn. 2) de groep van experts wordt uitgenodigd om aanbevelingen te doen over specifieke knelpunten en lacunes van het bv-recht zoals die uit de gesprekken en de literatuur zijn gebleken. Een rapport met aanbevelingen zal verschijnen omstreeks maart 2004 en wordt gepubliceerd op de websites van de betrokken ministeries.

De expert bijeenkomsten

5. De groep dient in ieder geval aandacht te schenken aan de volgende knelpunten en lacunes, zoals deze uit de gevoerde gesprekken en reeds onderzochte literatuur naar voren zijn gekomen:

- **blokkeringsregeling**
 - vrije kring
 - waardebepaling
 - termijn
 - contante betaling
 - exit-regelingen
- **overdraagbaarheid aandelen**
- **kwaliteitseisen aan aandeelhouders**
- **extra verplichtingen aan aandeelhouders**
- **‘incorporation by reference’**
- **Orgaanstructuur**

- orgaanbegrip in art. 2:189a
- bv zonder bestuur of aandeelhoudersvergadering?
- one tier structuur
- **Algemene vergadering**
 - wijze van oproeping
 - oproepingstermijnen
 - schriftelijke besluitvorming
- **instructiebevoegdheid ava**
- **benoeming bestuurders**
 - bindende voordracht
 - kwaliteitseisen
- **stemrecht**
 - aandelen zonder stemrecht
 - aandelen met variabel stemrecht
 - aandelen met meervoudig stemrecht
- **winstverdeling**
 - aandelen met variabele winstverdeling
 - aandelen zonder recht op dividend
- **tegenstrijdig belang**
 - indirect tegenstrijdig belang
 - bijzondere vertegenwoordiger
 - doeloverschrijding
- **verbod financiële steunverlening**

In hun zoektocht naar oplossingen kunnen de experts mede oplossingen gevonden in buitenlandse rechtsstelsels betrekken.

6. De deelnemers aan de expert bijeenkomsten doen aanbevelingen op grond van hun deskundigheid. Gelet op het doel van het project om het bv recht beter te laten aansluiten bij de praktijk, is ervoor gekozen om deskundigen uit te nodigen met een achtergrond in de praktijk, als advocaat, bedrijfsjurist, of notaris.

De volgende personen zijn bereid gevonden om deel te nemen aan de bijeenkomsten:

- Prof. mr. H.J. de Kluiver (voorzitter)
- mr. J.A.M. ten Berg

- mr. M. Brink
- Prof. mr. P.J. Dortmond
- mr. G.J.C. Rensen (secretaris)
- Prof. mr. G. van Solinge
- mr. A.J.S.M. Tervoort
- mr. W.J.M. van Veen
- mr. drs. D.F.M.M. Zaman

De betrokken ministeries bieden organisatorische ondersteuning aan de bijeenkomsten. Betrokkenen van beide ministeries wonen de bijeenkomsten bij.