



Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (II, slot)

1. Inleiding

Dit deel is het vervolg van het in het vorige WPNR verschenen artikel, waarin de voor de notariële praktijk belangrijkste onderwerpen worden genoemd, welke worden behandeld in het in de zomer van dit jaar bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), kamerstuknummer 32 426, hierna in dit artikel te noemen: Invoeringswet Flex BV. Dit wetsvoorstel vormt het sluitstuk van het wetgevingsproject dat is neergelegd in het wetsvoorstel tot vereen-

voudiging en flexibilisering van het bv-recht, kamerstuknummer 31 058, hierna in dit artikel te noemen: Wetsvoorstel Flex BV.

In deel 1 zijn behandeld het in de Invoeringswet Flex BV genoemde standpunt van de wetgever met betrekking tot buitenstatutaire afspraken zoals reglementen en aandeelhoudersovereenkomsten (*incorporation by reference*), de aanpassing van de regels voor fusie en splitsing en de omzetting van OVR in NV. In dit deel 2 wordt ingegaan op het overgangsrecht met betrekking tot de invoering van de flex bv.

De ruimte van deze rubriek laat helaas niet toe dat inhoudelijk wordt ingegaan op de in het onderhavige wetsvoorstel behandelde onderwerpen en dat de daarin genoemde fiscale aspecten van de invoering van de flex bv worden genoemd.

2. Overgangsrecht flex bv; algemeen

In artikel VI van de Invoeringswet Flex BV wordt bepaald dat de art. 68a, 69, 74, 75, 79 tot en met 82 en 173 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing zijn op de wijzigingen ingevolge het Wetsvoorstel Flex BV.

Volgens de wetgever speelt bij het overgangsrecht in het algemeen de vraag wat rechtens is wanneer een rechtshandeling onder het oude recht nietig of vernietigbaar was, maar niet onder het nieuwe recht, en vice versa. Verder zal de vraag zich voordoen wat er gebeurt met gewijzigde aansprakelijkheidsregels. En ook is de vraag, samenhangend met de twee vorige vragen, of het oude of het nieuwe recht gerechtelijke procedures beheerst die nog aanhangig zijn op het moment van inwerkingtreding.

Als algemeen uitgangspunt geldt volgens de wetgever bij een wetswijziging dat de nieuwe bepalingen vanaf het moment van inwerkingtreding onmiddellijk van toepassing zijn, maar enkel ten aanzien van feiten die na dat moment voorvallen (zie ook art. 29 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, hierna: Overgangswet NBW).

Wanneer onder het huidige recht besluiten en rechtshandelingen rechtsgeldig tot stand zijn gekomen en zijn verricht, kunnen gewijzigde voorwaarden voor rechtsgeldigheid onder het nieuwe recht daarin geen verandering brengen. De wetgever wijst daarbij op de diverse gewijzigde regels rond benoeming en ontslag van bestuurders, waarbij de quorum-eisen in de art. 2:242 lid 2, 2:243 lid 2 en 2:244 lid 2 BW worden aangepast in het Wetsvoorstel Flex BV. Zijn dergelijke benoemings- of ontslagbesluiten onder het huidige recht rechtsgeldig genomen, dan kan daaraan door de nieuwe regels geen afbreuk meer worden gedaan.

Voor de gevallen waarin het Wetsvoorstel Flex BV gevolgen heeft voor de nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, zijn de art. 79 tot en met 82 van de Overgangswet NBW van overeenkomstige toepassing verklaard (art. V.1 van de Invoeringswet Flex BV). De hoofdregel van art. 79 volgt de algemene hoofdregel van onmiddellijke toepasselijkheid en stelt dat een rechtshandeling die voor inwerkingtreding van nieuwe wetgeving rechtsgeldig is verricht niet nietig of vernietigbaar wordt ten gevolge van een grond van nietigheid of vernietigbaarheid in de nieuwe wet. Was een rechtshandeling onder het oude recht vernietigbaar en kent de nieuwe wet het gebrek niet als een grond van vernietigbaarheid, dan kan die rechtshandeling na de inwerkingtreding van de nieuwe wet niet meer nietig worden verklaard (art. 80 lid 1 Overgangswet NBW). Een onder het oude recht vernietigbare rechtshandeling wordt met terugwerkende kracht nietig als de nieuwe wet een rechtshandeling met hetzelfde gebrek als nietig aanmerkt (art. 80 lid 2 Overgangswet NBW). Een onder het oude recht nietige rechtshandeling is onder de nieuwe wet vernietigbaar als die nieuwe wet het gebrek van de rechtshandeling als grond voor vernietigbaarheid aanmerkt (art. 81 lid 2 Overgangswet

NBW). Volgens art. 81 lid 1 Overgangswet NBW wordt een rechtshandeling die nietig was tot aan het tijdstip waarop de nieuwe wet op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de nieuwe wet voor een zodanige rechtshandeling stelt. Als de statuten na de inwerkingtreding van het nieuwe bv-recht nog wel de nietigheidsgrond handhaven die onder het huidige recht geldt, omdat de wet die optie biedt, dan blijft de nietigheid in stand. Art. 82 geeft een nadere regel voor de verjaring van een rechtsvordering in het kader van het overgangsrecht.¹

Voor een aantal bepalingen van de flex bv heeft de wetgever het nodig gevonden om aparte regels van overgangsrecht op te nemen. Deze staan in art. V.2 van de Invoeringswet Flex BV en komen hierna aan de orde.

3. Bewilligde certificaten (art. 2:227 BW)

Ingevolge art. 2:227 lid 2 van het Wetsvoorstel Flex BV komt het vergaderrecht toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden. De statuten kunnen bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrecht aan certificaten van aandelen geschiedt door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan. In lid 4 van hetzelfde artikel is bepaald dat een statutaire regeling waarbij aan certificaathouders vergaderrecht is toegekend, slechts met instemming van de betrokken certificaathouders kan worden gewijzigd.

Onder vergaderrecht wordt verstaan het recht om, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde, de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren (art. 2:227 lid 1 Wetsvoorstel Flex BV). Certificaten met vergaderrecht worden bewilligde certificaten genoemd.²

Krachtens art. 2:194 lid 1 BW worden de namen en adressen van de houders van dergelijke certificaten met vermelding van de datum waarop het vergaderrecht aan hun certificaat is verbonden en de datum van erkenning of betekening in het aandeelhoudersregister opgenomen. Dit zou betekenen dat voor de bestendiging van de reeds bestaande bevoegdheid van bewilligde certificaathouders om de algemene vergadering bij te wonen, een statutenwijziging noodzakelijk zou zijn, gevolgd door opname van de namen in het register. Bestendiging van de huidige situatie is volgens de wetgever uitgangspunt van de regeling voor certificaathouders (zie ook *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 83). Alle houders van certificaten die nu aanspraak kunnen maken op aanwezigheid bij de algemene vergadering, dienen onder de nieuwe regeling als vergadergerechtigd te worden aangemerkt. Daarom heeft de wetgever voor de vol-

1. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 426, nr. 3, p. 17-18 (MvT).

2. Zie ook: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 670.

gende oplossing gekozen. Uitgangspunt is de kenbaarheid van de aanwezigheid van bewilligde certificaathouders door middel van opname in het register. Zij dienen persoonlijk uitgenodigd te worden voor de algemene vergadering, aldus het nieuwe art. 2:223 BW. Opname in het register dient na inwerkingtreding van de wet dan ook zo snel mogelijk plaats te vinden. Is die opname nog niet afgerond op het moment waarop de eerste algemene vergadering na de datum van inwerkingtreding van het nieuwe bv-recht wordt gehouden, dan zal van die vergadering alsnog aankondiging moeten worden gedaan in een dagblad overeenkomstig het huidige art. 2:223 lid 2 BW. Zijn alle namen bekend en in het register opgenomen, dan kan worden overgestapt op de bijeenroeping overeenkomstig het nieuwe art. 2:223 BW. Uiteindelijk dient de volledige opname in het register binnen een jaar na de datum van inwerkingtreding afgerond te zijn.

Volgens de wetgever is niet te verwachten dat de opname van de vergadergerechtigden in het register tot grote problemen zal leiden. Krachtens art. 2:194 lid 3 BW zijn de vergadergerechtigden verplicht het bestuur tijdig de benodigde gegevens voor opname in het register te verstrekken. Zoals al in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Flex BV is aangegeven (p. 48), zal het administratiekantoor (of een andere aandeelhouder ten titel van beheer) op verzoek van de certificaathouder zorgdragen voor de inschrijving in het register. Doordat het administratiekantoor reeds beschikt over de noodzakelijke gegevens, kan die inschrijving eenvoudig worden gerealiseerd.³

Daarnaast speelt het probleem dat het niet altijd duidelijk is of certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Daarop is gewezen door G.M. Portier in zijn preadvies uit 2008 van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie⁴ en de vennootschap zal daarom wellicht niet altijd vrijwillig overgaan tot registratie van de houders van dergelijke certificaten als vergadergerechtigden. Daarom is in art. V.2 lid 1 van dit wetsvoorstel door de wetgever zijn suggestie overgenomen om certificaathouders die van mening zijn dat hun certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, de bevoegdheid te geven de vennootschap schriftelijk te verzoeken hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register. Indien het bestuur betwist dat de certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de certificaathouders aan de rechter vragen om te bepalen of er sprake is van bewilligde certificaten. Op dit laatste punt is het advies van de commissie vennootschapsrecht gevolgd en niet het voorstel van Portier om het bestuur het verzoek tot inschrijving in de eerstvolgende algemene vergadering te laten agenderen, waarbij die vergadering besluit over de inschrijving in het register op dezelfde wijze als bij een statutenwijziging. Het gaat hier om een oordeel over de aanwezigheid van bepaalde bevoegdheden, dat volgens de wetgever beter genomen kan worden door een

onafhankelijke rechter dan door een vergadering van aandeelhouders die belanghebbenden zijn bij het toelaten van certificaathouders tot hun vergadering. De inschrijving wordt bij verzoekschrift gevraagd aan de rechtbank; als er met het oog op een naderende algemene vergadering haast gemoeid is met de inschrijving, kan het verzoek aan de voorzieningenrechter worden gedaan. De inschrijving kan overigens ook voor de rechtbank verzocht worden als het bestuur om andere redenen dan betwisting van de bewilliging de inschrijving weigert.⁵

De aanwezigheid van certificaathouders met vergaderrechten hoeft dus geen aanleiding te zijn voor een onmiddellijke statutenwijziging. De vergaderrechten blijken immers uit het aandeelhoudersregister zodra dat is bijgewerkt. Maar uiteindelijk zullen de statuten wel bij de eerstvolgende gelegenheid en uiterlijk binnen vijf jaar na inwerkingtreding van deze wetgeving aangepast moeten worden, zoals dat is geregeld in art. V.2 lid 6 van de Invoeringswet Flex BV, dat luidt:

“Zijn er voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet met medewerking van de vennootschap certificaten op naam van haar aandelen uitgegeven, dan dient de vennootschap bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht te verbinden aan de houders van deze certificaten overeenkomstig artikel 227 lid 2, doch uiterlijk vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van deze wet.”

In de tussentijd blijken de rechten uit het register, aldus de wetgever.

4. Verzetprocedures kapitaalvermindering (art. 2:209 BW)

De vervanging van het huidige art. 2:209 BW, over het verzet van schuldeisers tegen een besluit tot kapitaalvermindering, door het nieuwe art. 2:208 lid 6 BW heeft overgangsrechtelijke gevolgen voor lopende verzetprocedures en voor zekerheden die de vennootschap heeft gesteld voor schuldeisers. Deze procedures en zekerheden zullen vervallen en daarvoor in de plaats komt de aansprakelijkheid van het bestuur bij kapitaalvermindering via de weg van art. 2:9 BW en – in faillissementssituaties – art. 2:248 BW. Aangezien het in verzet komen tegen een besluit tot kapitaalvermindering met bijbehorend verzoek tot zekerheidstelling van een andere orde is dan een aansprakelijkheidstelling, is volgens de wetgever een overgangsbepaling noodzakelijk (art. V.2 lid 4 van de Invoeringswet Flex BV). Een op het moment van inwerkingtreding van de wet gestelde zekerheid,

3. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 426, nr. 3, p. 14-15.

4. G.M. Portier, ‘Stemrecht en certificering’, in: *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk*, Preadvies KNB 2008, Den Haag: Sdu 2008, p. 260 e.v.,

5. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 426, nr. 3, p. 38.

blijft in stand. Een op dat moment ingediend verzoekschrift om verzet aan te tekenen tegen een besluit tot kapitaalvermindering kan ook overeenkomstig het huidige art. 2:209 BW worden afgerond. Op besluiten tot kapitaalvermindering die in de laatste twee maanden – de termijn voor indiening van een verzoekschrift – voor de inwerkingtreding worden neergelegd bij het handelsregister, blijft het huidige art. 2:209 BW eveneens van toepassing.⁶

5. Verkorting minimum oproepingstermijn ava (art. 2:225 BW)

De minimumtermijn voor de oproeping van de algemene vergadering wordt verkort van vijftien naar acht dagen (art. 2:225 BW). Teneinde alle onzekerheid weg te nemen wat onmiddellijke inwerkingtreding hier betekent, wordt voorgesteld dat de termijn van acht dagen van toepassing is op alle vergaderingen die vanaf de datum van inwerkingtreding gehouden worden, maar nog vóór die datum bijeengeropen zijn (art. V.2 lid 5 van de Invoeringswet Flex BV). Die bijeenroeping mag dan al geschieden op de nieuwe termijn van acht dagen.

6. Beletregeling voor commissarissen (art. 2:252 BW)

In art. V.2 lid 7 van de Invoeringswet Flex BV is een overgangsbepaling opgenomen voor de nieuwe beletregeling voor commissarissen die verplicht in de statuten opgenomen moet worden (art. 2:252 lid 4 BW). In overeenstemming met de regeling van art. 2:178c lid 2 BW voor de omzetting van gulden- naar

euro-bedragen, wordt voor deze verplichte opname van de beletregeling een overgangsbepaling getroffen die ruim de gelegenheid geeft de statuten aan te passen. Pas bij de eerstvolgende statutenwijziging, hoeft deze wijziging meegenomen te worden.

7. Overige overgangsregelingen

Verder bevat de Invoeringswet Flex BV in art. V.2 overgangsregelingen voor:

- het in de flex bv verdwijnen van de in het huidige art. 2:195 lid 1 BW genoemde vrije kring waarvan onder het huidige recht aandelen zonder toepassing van de blokkeringsregeling kunnen worden overgedragen, tenzij de statuten anders bepalen (art. V.2 lid 2 Invoeringswet Flex BV); en
- het verloop van een voor de inwerkingtreding van de nieuwe regeling reeds entameerde goedkeuringsprocedure als bedoeld in het onder de flex bv vervallen art. 2:204c BW (Nachgründungsregeling) (art. V.2 lid 3 (Invoeringswet Flex BV)).

Vanwege het gebrek aan ruimte in deze rubriek wordt hier volstaan met een verwijzing naar de voorgestelde wettekst en de parlementaire toelichting daarbij.

*Mr. W. Bosse**

6. *Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 39-40.*

* Notaris te Amsterdam.