

13 De flex-bv (deel 1)

Zoals het er nu naar uitziet, treedt de flex-bv op 1 juli 2012 in werking, samen met de Wet bestuur en toezicht.¹ Ten behoeve van de invoering van de Flex BV zijn thans twee wetsvoorstellen bij de Eerste Kamer in behandeling te weten wetsvoorstel 31 058, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), hierna te noemen: Flexwet, en wetsvoorstel 32 426, Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), hierna te noemen: Invoeringswet. In dit artikel zullen de veranderingen behandeld worden die de invoering van de Flex BV met zich meebrengt, met uitzondering van de geschillenregeling en de fiscale paragraaf. Geen commentaar zal worden gegeven op de voorgestelde wijzigingen. Dat is en wordt al voldoende gedaan.² Dit artikel beoogt een heldere weergave te geven van de voor de praktijk belangrijkste voorgestelde wijzigingen en wat de wetgever daarmee heeft bedoeld.³ In de parlementaire geschiedenis is gezocht naar de toelichting van de wetgever bij deze veranderingen en die toelichting wordt in dit artikel zoveel mogelijk woordelijk weergegeven.

1. Waarom de flex-bv?

De Flexwet maakt de regels voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (bv's) eenvoudiger en flexibeler. De bv verkrijgt volgens de wetgever hierdoor als rechtsvorm een meer eigen karakter, dat haar duidelijker onderscheidt van de nv. Bij de herziening wil de wetgever dat de bv zo veel mogelijk aansluit bij de wensen die in de praktijk leven. Flexibilisering en

vereenvoudiging zijn om verschillende redenen wenselijk gebleken.

De eerste reden is dat veel wettelijke bepalingen voor de bv als star en onnodig belastend worden ervaren. In het najaar van 2003 is door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken een expertgroep ingesteld onder voorzitterschap van prof. mr. H.J. de Kluiver. Aan de expertgroep is gevraagd om aanbevelingen te doen voor knelpunten in het bv-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd. Het rapport van de expertgroep is op 6 mei 2004 verschenen (Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse bv-recht, Den Haag, 6 mei 2004, te raadplegen op www.justitie.nl/bvrecht en op www.flexbv.ez.nl).⁴

De resultaten van deze aanbevelingen hebben ertoe geleid dat bij de flex-bv de mogelijkheden voor aandeelhouders om hun onderlinge verhoudingen te regelen, worden verruimd. Er ontstaat meer ruimte om de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders. De grotere vrijheid die ondernemers wordt geboden, komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de ruimere mogelijkheden om in de statuten af te wijken van de bepalingen in de wet. Dit geldt bijvoorbeeld voor de procedure voor benoeming

1 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb.* 2011, 275). Deze wet bevat een nieuwe tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders en commissarissen regelende de wijze besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang (zonder externe werking), de mogelijkheid om in de statuten een monistisch bestuursysteem in te voeren, beperking van het aantal commissariaten bij grote rechtspersonen en een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen over mannen (30%) en vrouwen (30%). In verband met de beperking van het aantal commissariaten bij grote stichtingen is een reparatiewet bij de Tweede Kamer in behandeling: wetsvoorstel 32 873, Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b.

2 Zie onder andere het in dit tijdschrift tevens opgenomen artikel van B. Verburgt en P. van der Korst. Uitkeringen aan aandeelhouders bij de Flex BV.

3 Tenzij uit de context duidelijk anders blijkt zijn de in dit artikel te vermelden wetsartikelen, wetsartikelen uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Waar achter de wetsartikelen niet Flexwet staat vermeld, betreft het wetsartikelen uit het huidige Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

4 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 2.

van bestuurders en commissarissen (art. 242 en 252), de mogelijkheid van variabel stemrecht en tot uitgifte van stemrechtloze aandelen (art. 228), de mogelijkheid tot uitgifte van winstrechtloze aandelen en de ruimere mogelijkheden om buiten vergadering te besluiten of de algemene vergadering buiten Nederland te laten plaatsvinden. Een andere verruiming is dat in de statuten niet alleen verplichtingen jegens de vennootschap kunnen worden opgenomen, maar ook verplichtingen tussen aandeelhouders onderling (art. 192).⁵ De tweede reden om de flex-bv in te voeren is de gebrekkige werking van de huidige kapitaalbescherming. Op het bestaande systeem van kapitaalbescherming is de laatste jaren kritiek geuit. In de literatuur zijn de volgende kritiekpunten naar voren gebracht:

- het minimumkapitaal biedt geen adequate bescherming voor crediteuren en geeft slechts een schijnzekerheid. Het voorschrift biedt geen garantie dat het bedrag nog aanwezig is in het vermogen van de vennootschap wanneer een crediteur zijn vordering wil innen. Bovendien is het bedrag van € 18.000 een willekeurige grens die geen rekening houdt met de aard en omvang van de activiteiten van de onderneming;
- bij het bepalen van het uitkeerbaar vermogen wordt uitgegaan van de gegevens in de laatst vastgestelde jaarrekening. Deze gegevens zijn meestal gedateerd wanneer de besluitvorming over uitkeringen aan aandeelhouders plaatsvindt;
- verschillende onderdelen van het kapitaalbeschermingsrecht zijn in de praktijk niet goed werkbaar en vormen daardoor een onnodige belasting van het bedrijfsleven. In dit verband is met name gewezen op de *nachgründungs*regeling (art. 204c) en het verbod op financiële steunverlening aan derden (art. 207c).⁶

Om deze reden wilde de wetgever een alternatief systeem van kapitaalbescherming voor de bv⁷ en is aan het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen opdracht gegeven tot het uitvoeren van twee onderzoeken op het terrein van kapitaalbescherming. Het eerste onderzoek concentreert zich in het bijzonder op kapitaalbeschermingsvragen in het bv-recht.⁸ Het tweede onderzoek richt zich in bredere zin op alternatieven voor kapitaalbescherming en besteedt nadere aandacht aan systemen met aandelen zonder nominale waarde.⁹

⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 9.

⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 24.

⁷ Omdat de Tweede richtlijn voor de bv niet geldt, is de Nederlandse wetgever vrij om voor de bv te voorzien in een nieuw systeem van schuldeisersbescherming.

⁸ M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, 'Versoepeling van het bv-kapitaalbeschermingsrecht', Eindrapport van 31 maart 2004, Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, te raadplegen op www.justitie.nl/bvrecht en op www.flexbv.ez.nl.

⁹ H.E. Boschma, M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, 'Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming', Eindrapport van 18

De derde reden om in Nederland de flex-bv in te voeren zijn de Europese ontwikkelingen. Europese ontwikkelingen dwingen de nationale wetgever tot het aanbieden van een rechtsvorm die in internationaal verband concurrerender is. In verschillende Europese landen is al een flexibele besloten vennootschapsvorm ingevoerd of is bestaande wetgeving herzien. Het aanbieden van een bruikbare en betrouwbare juridische infrastructuur bevordert dat Nederland aantrekkelijk blijft als vestigingsland voor nationale en internationale ondernemingen.¹⁰

2. De belangrijkste wijzigingen van de Flexwet in vogelvlucht

De belangrijkste wijzigingen ten gevolge van de Flexwet worden hieronder in deze paragraaf kort op een rij gezet.

De verplichting om in de statuten het maatschappelijk kapitaal op te nemen, komt te vervallen, aandelen kunnen onbeperkt worden uitgegeven; het aantal hoeft niet in de statuten te zijn vermeld.

De verplichte blokkering van de overdraagbaarheid van aandelen wordt geschrapt, de statuten kunnen voorzien in stemrechtloze of winstrechtloze aandelen, de stemrechtverdeling is geflexibiliseerd, er kunnen statutaire verplichtingen worden verbonden aan bepaalde groepen aandelen en een groep aandeelhouders kan een aparte vergadering van aandeelhouders vormen en eigen bestuurders of commissarissen benoemen. De mogelijkheden om buiten de algemene vergadering om te besluiten, worden verruimd en het wordt mogelijk om de algemene vergadering buiten Nederland te doen plaatsvinden. Voor certificaathouders kunnen de statuten voorzien in een vergaderrecht. De beperking van de verkrijging van eigen aandelen tot maximaal de helft van het kapitaal is afgeschaft; minimaal één aandeel waaraan het stemrecht is verbonden, moet door een ander dan de bv zelf worden gehouden.

De regels voor kapitaalvermindering worden versoepeld; crediteurenbescherming bij uitkeringen aan aandeelhouders, bij kapitaalvermindering en bij inkoop van eigen aandelen wordt vormgegeven door een uitkeringstoets en een verplichting tot vergoeding van het tekort door de bestuurders die niet te goeder trouw waren toen zij het besluit tot uitkering goedkeurden en door degenen die niet te goeder trouw waren toen zij de uitkering ontvingen.

augustus 2005, Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, te raadplegen op www.justitie.nl/bvrecht en op www.flexbv.ez.nl.

¹⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 1.

De procedure van de wettelijke geschillenregeling wordt versneld en het overleggen van een bankverklaring of accountantsverklaring wordt op een aantal plaatsen geschrapt.

Hierna wordt nader ingegaan op een aantal van de genoemde belangrijkste wijzigingen. De omvang van dit artikel laat niet toe om ook nader in te gaan op de wijzigingen in de geschillenregeling en de fiscale gevolgen van de invoering van de Flexwet.

3. Maatschappelijk kapitaal en aandelen (art. 178 Flexwet)

De verplichting om in de statuten een maatschappelijk kapitaal op te nemen wordt geschrapt. Hetzelfde geldt voor het voorschrift dat ten minste een vijfde gedeelte van het maatschappelijk kapitaal is geplaatst. Onder maatschappelijk kapitaal wordt verstaan de grens waarboven men niet zonder statutenwijziging kan overgaan tot uitgifte van aandelen. De verplichte opname van een maatschappelijk kapitaal leidt in de praktijk tot lasten in de vorm van statutenwijzigingen, waarbij niet duidelijk is welk noodzakelijk doel het verplichte maatschappelijk kapitaal dient. Wel wordt in art. 178, lid 1 Flexwet de mogelijkheid geboden om in de statuten een maatschappelijk kapitaal op te nemen. De vennootschap heeft dus de mogelijkheid om in de statuten een bovengrens in te stellen voor de uitgifte van aandelen. Een maatschappelijk kapitaal kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer de algemene vergadering de mogelijkheid tot uitgifte van aandelen door het bestuur wil maximeren. Neemt men geen maatschappelijk kapitaal op in de statuten, dan mogen aandelen onbeperkt uitgegeven worden.¹¹

In verband met het vervallen van de verplichting om in de statuten een maatschappelijk kapitaal op te nemen, wordt niet langer voorgeschreven dat de statuten het aantal aandelen vermelden.

Tot slot komt ook de eis te vervallen dat de vermelding van het bedrag van de aandelen moet plaatsvinden in euro tot twee decimalen achter de komma. In de praktijk bestaat soms behoefte om de nominale waarde te vermelden in fracties van centen of in een andere geldeenheid te laten luiden.

Storting op aandelen in vreemd geld is – met toestemming van de vennootschap – thans reeds toegestaan (art. 191a, lid 2). Art. 178, lid 2 Flexwet bepaalt in dit verband dat de bedragen kunnen luiden in ander geld dan euro. De mogelijkheid is beperkt tot één vreemde geldeenheid. Niet toegestaan wordt dat twee verschillende geldeenheden worden gehanteerd.¹²

4. Kapitaalbescherming; het vermogen van de vennootschap en de bescherming van schuldeisers

4.1. Afschaffing minimumkapitaal en kapitaalbeschermingsregels (art. 178 Flexwet)

De meest in het oog springende voorbeelden van het wegnemen van onnodige belemmeringen hangen samen met de regeling voor kapitaalbescherming. Het betreft onder andere de afschaffing van het minimumkapitaal van € 18.000 (art. 178), de afschaffing van de verplichte accountantsverklaring bij inbreng op aandelen anders dan in geld (art. 204a en 204b), de afschaffing van de bankverklaring (art. 203a), het vervallen van de wettelijke regeling voor financiële steunverlening aan derden (art. 207c) en het afschaffen van de verzetregeling bij kapitaalvermindering (art. 209).

De nominale waarde van de aandelen blijft gehandhaafd. De nominale waarde kan ook in een systeem zonder kapitaalbescherming behulpzaam zijn bij het vaststellen van aandeelhoudersrechten en de voorgestelde afschaffing van de kapitaalbeschermingsregels komt in voldoende mate tegemoet aan de wensen van de praktijk.¹³

De afschaffing van het minimumkapitaal heeft tot gevolg dat een bv kan worden opgericht met een zeer gering kapitaal, bijvoorbeeld één aandeel met een nominale waarde van € 0,01. Dit zal voor de buitenwereld blijken uit de akte van oprichting. Dat het kapitaal een zeer geringe omvang mag hebben, is een belangrijk gegeven, omdat de inbreng op de aandelen hierdoor zijn functie als waarborg voor schuldeisers voor een belangrijk deel zal verliezen. In de Flexwet leidt dit ertoe dat niet wordt gekozen voor uitvoerige formaliteiten ten aanzien van de inbreng.

Externe publicatie van de inbrengbeschrijving bij inbreng in natura (art. 204a en 204b) wordt bijvoorbeeld niet voorgeschreven. Wel wordt vereist dat de inbrengbeschrijving intern, voor de aandeelhouders en certificaathouders, ter inzage wordt gelegd. Daarnaast volgt uit de jurisprudentie dat de inbreng daadwerkelijk ter beschikking van de vennootschap moet worden gesteld (HR 24 maart 2000, NJ 2000/354 en HR 11 juli 2003, NJ 2003/630).¹⁴

Er is niet gekozen voor het vereiste dat de vennootschap bij oprichting adequaat gefinancierd is of dat het eigen vermogen bij oprichting positief is. Een negatief eigen vermogen bij oprichting kan ontstaan, doordat namens de bv in oprichting verplichtingen zijn aangegaan die de vennootschap in de akte van oprichting bekrachtigt (art. 203). Dit alles neemt niet weg dat de nominale waarde en daarmee de inbreng op de aandelen positief zal

¹¹ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 39.

¹² Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 39-40.

¹³ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 22.

¹⁴ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 26.

moeten zijn. Een inbreng van nihil of een inbreng met een negatieve waarde, zoals vervuilde grond, is niet toegestaan.¹⁵

Vennootschappen die voor de buitenwereld willen aangeven dat een deel van hun vermogen niet beschikbaar is voor uitkering, kunnen kiezen voor het instellen van een statutaire reserve. Statutaire reserves zijn niet vatbaar voor uitkering aan aandeelhouders (art. 216). Verlaging of opheffing van een dergelijk vrijwillig kapitaal is slechts mogelijk via wijziging van de statuten.¹⁶

4.2. *Invoering uitkeringstest; aansprakelijkheid in plaats van nietigheid (art. 216 Flexwet)*

In dit artikel zal niet uitgebreid worden ingegaan op uitkeringen van aandeelhouders bij de flex-bv. Hiervoor wordt verwezen naar het tevens in dit tijdschrift opgenomen artikel van de heren B. Verburch en P. van der Korst (*FTV* 2012, nr. 14). Daaraan kan ter aanvulling het volgende worden toegevoegd.

De bescherming van schuldeisers van de flex-bv wordt niet langer gebaseerd op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de vennootschap aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitkering aan aandeelhouders, maar berust op een systeem waarin de geloofwaardigheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap. Het bestaande systeem van kapitaalbescherming gaat uit van formele regels die van toepassing zijn op bepaalde besluiten ten aanzien van het vermogen van de vennootschap. Worden die regels niet nageleefd, dan is de besluitvorming nietig. Een uitkering van dividend aan de aandeelhouders is bijvoorbeeld nietig, indien het eigen vermogen ten tijde van de uitkering niet groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de gebonden reserves (huidig art. 216, lid 2).

Bij de flex-bv bestaat de sanctionering niet langer uit nietigheid van de besluitvorming, maar uit aansprakelijkheid van bestuurders. Bestuurders zijn jegens de vennootschap verbonden tot vergoeding van het bedrag van de gedane uitkeringen aan aandeelhouders, terugbetalingen op aandelen in het kader van een kapitaalvermindering of inkoop van eigen aandelen anders dan om niet, indien de vennootschap als gevolg van de uitkering niet kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit heet de uitkeringstest. Afhankelijk van de specifieke kenmerken van de vennootschap zal men hierbij elementen als de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit van de vennootschap moeten betrekken. Het bestuur zal de financiële positie van de

vennootschap moeten beoordelen met het oog op de belangen van de schuldeisers. Om aan deze verantwoordelijkheid uitvoering te geven, ligt het in de rede dat men bij de samenstelling van het bestuur zorgt voor de aanwezigheid van voldoende financiële expertise of dat men bij de uitkeringen gebruikmaakt van advisering door een financieel deskundige.¹⁷

Uit de formulering “redelijkerwijs behoort te voorzien” volgt dat het oordeel van de bestuurders in de tijd beperkt zal zijn tot een redelijke periode vanaf de uitkering. In het algemeen zal de wetenschap zich niet langer dan een jaar na de uitkering kunnen uitstreken. Dit kan in bepaalde gevallen echter anders zijn, bijvoorbeeld als het bestuur weet dat de vennootschap over anderhalf jaar een grote som aan belastingschulden moet aflossen.¹⁸

De reikwijdte van de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders is beperkt tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan en maximaal het bedrag van de uitkering.¹⁹

Aandeelhouders of andere winstgerechtigden die een uitkering ontvingen terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de uitkering tot gevolg zou hebben dat de vennootschap niet meer aan haar opeisbare schulden zou kunnen blijven voldoen, zijn gehouden tot terugbetaling van de uitgekeerde bedragen.²⁰

5. **Blokkeringsregeling (art. 195 Flexwet), statutaire verplichtingen, kwaliteitseisen (art. 192 Flexwet) en verwijzing in statuten naar aandeelhoudersovereenkomsten**

5.1. *Afschaffing verplichte blokkeringsregeling; aanbiederingsregeling uitgangspunt (art. 195, lid 1 Flexwet)*

Het huidige art. 195 beperkt de vrije overdraagbaarheid van aandelen tot een in de wet genoemde kring van personen. Voor iedere andere overdracht moeten de statuten een blokkeringsregeling bevatten. De blokkeringsregeling kan bestaan uit een regeling volgens welke voor een overdracht goedkeuring van een orgaan is vereist (goedkeuringsregeling) of een regeling volgens welke de aandeelhouder die zijn aandelen wenst te

¹⁷ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 32.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 70-72 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 10.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 7, p. 11; zie hierover nader M.L. Lennarts en H.E. Boschma, ‘Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’, *WPNR* 2 oktober 2010/6857.

²⁰ Aanvankelijk gold als voorwaarde voor de terugbetaling door aandeelhouders ‘te kwader trouw’, dat de vennootschap binnen een jaar na de uitkering failliet was verklaard. Deze voorwaarde is later komen te vervallen.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 27-28.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 26; in dezelfde zin: *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 42.

vervreemden, deze eerst moet aanbieden aan zijn medeaandeelhouders (aanbiedingsregeling). De blokkeringsregeling mag niet zodanig zijn, dat daarmee de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt.²¹

De verplichte blokkeringsregeling wordt in de Flexwet afgeschaft (art. 195). Vennootschappen kunnen kiezen voor de krachtens de wet geldende aanbiedingsregeling (art. 195, lid 1), voor een statutaire beperking of uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen (art. 195, leden 3 en 4) of hebben de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat in het geheel geen beperkingen gelden voor de overdraagbaarheid van aandelen. Vennootschappen die kiezen voor een statutaire blokkeringsregeling krijgen meer ruimte om die regeling naar eigen inzicht vorm te geven.²²

Met de afschaffing van de verplichte blokkeringsregeling (art. 195) komt een belangrijk onderdeel van het besloten karakter van de bv te vervallen. Om het besloten karakter van de bv ook in de nieuwe regeling te benadrukken is in art. 195 Flexwet gekozen voor een krachtens de wet geldende blokkeringsregeling waarvan men in de statuten mag afwijken. Indien de statuten van de vennootschap geen nadere bepalingen omtrent de overdraagbaarheid van aandelen bevatten, geldt op grond van art. 195 Flexwet een aanbiedingsregeling die inhoudt dat voor een geldige overdracht is vereist dat de aandeelhouder zijn aandelen eerst aanbiedt aan zijn medeaandeelhouders.

Het besloten karakter komt in de voorgestelde regeling daarnaast tot uitdrukking in het voorschrift dat de aandelen op naam moeten worden gesteld.²³

Voor de meeste vennootschappen zal het waarschijnlijk niet wenselijk zijn dat houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen in het kader van art. 195, lid 1 zouden kunnen reflecteren op de aanbieding van gewone aandelen. Daarom is in de tweede zin van art. 195, lid 1 Flexwet bepaald dat aan deze aandeelhouders alleen aandelen van eenzelfde soort of aanduiding kunnen worden aangeboden, tenzij de statuten anders bepalen.²⁴

Niet overgenomen is de suggestie om in art. 195 Flexwet de aanbiedingsregeling als wettelijk uitgangspunt te vervangen door het uitgangspunt dat de aandelen vrij overdraagbaar zijn. De nieuwe regeling is gebaseerd op de verwachting dat een aanbiedingsregeling in de praktijk in de meeste gevallen aansluit bij de wensen van de gebruikers van een bv. In die gevallen kan de wettelijke regeling de praktijk faciliteren, omdat geen afwijkende statutaire regeling behoeft te worden getroffen.²⁵

5.2. *Beperking overdraagbaarheid van aandelen (art. 195, lid 2 Flexwet)*

In de praktijk wordt de overdraagbaarheid van aandelen regelmatig in overeenkomsten tussen aandeelhouders uitgesloten. Er bestaat echter discussie over de rechtsgeldigheid van dergelijke afspraken. Door een regeling in de Flexwet op te nemen, wordt die onduidelijkheid weggenomen.

De oprichters komen gezamenlijk overeen om gedurende een bepaalde periode met elkaar in de vennootschap te blijven. Voor zover de behoefte aan uitsluiting van de overdracht op een later moment ontstaat, bepaalt lid 3 van art. 192 Flexwet dat het besluit tot statutenwijziging wordt genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Omdat statutaire uitsluiting van de overdracht voor alle aandeelhouders ingrijpende gevolgen heeft, wordt op dit punt gekozen voor het vereiste van unanimiteit.²⁶

De uitsluiting van de overdraagbaarheid kan worden beperkt tot aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Voor dit laatste geval volstaat het dat de wet bepaalt dat alleen de aandeelhouders op wie de uitsluiting van de overdraagbaarheid betrekking heeft, maar dan wel al die aandeelhouders, moeten instemmen met de statutaire regeling.²⁷

Het hangt van de aard van de vennootschap af, wat een gerechtvaardigde termijn is voor uitsluiting. Een langere termijn ligt bijvoorbeeld eerder voor de hand bij een onderneming waarin bij de start substantiële investeringen zijn vereist. In het algemeen zal een termijn van vijf jaar in overeenstemming zijn met de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 8. Bij een langere termijn zal dit afhangen van de specifieke aard van de onderneming of het samenwerkingsverband. Dat is overigens ook de reden waarom niet is gekozen voor een wettelijke maximering tot bijvoorbeeld twintig jaar. In bijzondere gevallen kan een termijn van twintig jaar als een redelijke termijn worden beschouwd, bijvoorbeeld bij de ontwikkeling van hoogtechnologische vindingen die aanzienlijke investeringen vergen. In dit verband is tevens gewezen op de termijn van geldigheid van een ingebracht octrooi als voorbeeld van een omstandigheid die de redelijkheid van de termijn voor uitsluiting kan bepalen.²⁸

5.3. *Andersluidende blokkeringsregeling en prijsbepalingsregeling (art. 194, lid 4 Flexwet)*

Lid 4 biedt de mogelijkheid om in de statuten een andersluidende blokkeringsregeling op te nemen. Een

²¹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 49.

²² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 13.

²³ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 12.

²⁴ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7, p. 25 en *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 8, p. 11.

²⁵ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 38.

²⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 50-51.

²⁷ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 13.

²⁸ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 50-51.

overdracht in strijd met een statutaire blokkeringsregeling is ongeldig. Dit uitgangspunt blijft onder de Flexwet onverminderd van kracht en wordt in de wet verduidelijkt.

Een statutaire blokkeringsregeling kan door middel van een statutenwijziging worden ingevoerd. Met het oog op de bescherming van de minderheidsaandeelhouder voorziet de geschillenregeling in art. 343, lid 1 in een uittreedsrecht voor de situatie waarin een blokkeringsregeling ertoe leidt dat het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geveerd (art. 343, lid 1). Aandeelhouders worden daarnaast beschermd door de wettelijke eis dat de statutaire regeling zodanig dient 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.

De Flexwet biedt de mogelijkheid om in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling op te nemen. Er is geen bezwaar tegen om toe te staan dat men, uiteraard binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, gebruikmaakt van alternatieve prijsbepalingsmechanismen, mits is gewaarborgd dat een aandeelhouder niet tegen zijn wil aan een afwijkende regeling wordt gebonden. Met het oog op deze bescherming is in art. 195, lid 4 Flexwet bepaald dat een afwijkende prijsbepalingsregeling niet tegen de wil van de aandeelhouder kan worden opgelegd.²⁹

5.4. *Onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdrachtsbeperking (art. 195, lid 5 Flexwet)*

Lid 5 van art. 195 Flexwet stelt als grondregel dat statutaire bepalingen die de overdraagbaarheid onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken, geen toepassing vinden. De huidige wettelijke regeling stelt eenzelfde vereiste in art. 195, lid 8. Indien een statutaire blokkeringsregeling de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt, vindt deze regeling geen toepassing en is de aandeelhouder vrij om zijn aandelen over te dragen. Hiermee wordt beoogd minderheidsaandeelhouders bescherming te bieden tegen opsluiting in de vennootschap. Door te bepalen dat de statutaire regeling 'geen toepassing vindt', wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen sprake is van nietigheid van de desbetreffende regeling. Hiermee wordt rechtsonzekerheid over de geldigheid vermeden.

Van een uiterst bezwaarlijke regeling kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de regeling zodanig lange termijnen hanteert, dat onnodig vertraging ontstaat.³⁰

5.5. *Statutaire verplichtingen, kwaliteitseisen en aanbiedingsverplichtingen (art. 192 en 192a Flexwet)*

Een van de knelpunten van het huidige art. 192 is dat in de praktijk niet duidelijk is of de bepaling ziet op alle verplichtingen of uitsluitend op verplichtingen van vermogensrechtelijke of verbintenisrechtelijke aard, alsmede of naast verplichtingen jegens de vennootschap ook verplichtingen tussen aandeelhouders binnen de reikwijdte van de bepaling vallen.

De betekenis van dit artikel is verruimd, in die zin dat ingevolge lid 1, letter a van art. 192 Flexwet in de statuten niet alleen verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard jegens de vennootschap kunnen worden opgenomen, maar ook verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen aandeelhouders onderling en jegens derden.³¹

Het is geoorloofd om statutair te bepalen dat aandeelhouders naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor bepaalde of alle schulden van de vennootschap.³²

Het gaat in art. 192, lid 1, letter a Flexwet bijvoorbeeld ook om een verplichting tot bijstorting of een verplichting tot levering van door de aandeelhouder geproduceerde goederen aan de vennootschap.³³ Een statutaire verplichting mag niet in strijd zijn met de wet. De verplichting hoeft niet nauwkeurig omschreven te zijn; de verplichting moet (achteraf) voldoende bepaalbaar zijn.³⁴

Ingevolge lid 1 letter b van art. 192 Flexwet kunnen de statuten kwaliteitseisen stellen aan het aandeelhouderschap met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Het onderscheid tussen enerzijds statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard en anderzijds statutaire verplichtingen tot aanbidding en overdracht en eisen aan het aandeelhouderschap is niet in alle gevallen duidelijk te maken. De statuten zouden bijvoorbeeld kunnen bepalen dat het bezitten van een bepaald opleidingsniveau een vereiste is voor het aandeelhouderschap. Indien voor het behalen van dat opleidingsniveau een dure cursus noodzakelijk is, rijst de vraag of dit, hoewel gegoten in de vorm van een kwaliteitseis, niet eerder een verplichting in de zin van art. 192, lid 1, letter a is. De bescherming van de minderheidsaandeelhouder bij invoering van een kwaliteitseis zou daarom volgens de wetgever dezelfde moeten zijn als bij invoering van een verplichting van verbintenisrechtelijke aard. Hetzelfde geldt volgens de wetgever voor de invoering van de

²⁹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 51.

³⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 52.

³¹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 9 en 13.

³² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 43-44.

³³ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 14.

³⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 44 en 54.

verplichting om aandelen aan te bieden en over te dragen (art. 192, lid 1, letter c Flexwet). Daarom is in art. 192 Flexwet bepaald dat behalve statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard ook statutaire verplichtingen tot aanbidding en overdracht en statutaire eisen aan het aandeelhouderschap niet tegen de wil van de aandeelhouder kunnen worden opgelegd. Dit heeft als bijkomend voordeel dat de wettelijke regeling van deze punten nagenoeg uniform kan zijn en is gebundeld in twee nieuwe wetsbepalingen (de bij nota van wijziging voorgestelde art. 192 en 192a Flexwet).³⁵ Art. 192, lid 1, letter c biedt de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat een aandeelhouder in bepaalde gevallen verplicht is om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen. Voorbeelden van statutaire gronden voor een verplichting tot aanbidding en overdracht zijn het niet langer voldoen aan statutaire vereisten voor het aandeelhouderschap, het faillissement of de surseance van de aandeelhouder en overgang van aandelen krachtens het erfrecht.³⁶

In de praktijk leeft de behoefte om regelingen inzake ‘drag along’ of ‘call-opties’ in de statuten te kunnen opnemen teneinde wanprestatie onder die regeling te kunnen sanctioneren met een opschorting van aandeelhoudersrechten. De genoemde, in de praktijk voorkomende regelingen kunnen worden beschouwd als varianten van een verplichting tot aanbidding en overdracht van aandelen. Een verplichting tot aanbidding en overdracht kan op grond van art. 192, lid 1, letter c Flexwet in de statuten worden opgenomen, mits de verplichting redelijk is. De gevallen waarin de verplichting tot aanbidding en overdracht geldt, moeten objectief bepaalbaar zijn. Of aan de genoemde voorwaarden is voldaan, zal afhangen van de specifieke inhoud van de regeling. Uit de wetsgeschiedenis van de bestaande regeling in art. 195a kan worden afgeleid dat een verplichting voor een aandeelhouder om bij besluit van een vennootschapsorgaan zijn aandelen aan te bieden en over te dragen, geen redelijke verplichting is.³⁷ Een statutaire ‘drag along’-regeling waarin is bepaald dat een vennootschapsorgaan, of één of meer aandeelhouders, in het concrete geval de voorwaarden kunnen bepalen voor het ontstaan van de verplichting tot aanbidding en overdracht van aandelen aan een derde, voldoet dus niet aan de vereisten van art. 195a.³⁸

In lid 5 van art. 192 Flexwet is de mogelijkheid geopend om in de statuten te bepalen dat indien een aandeelhouder niet voldoet aan een verplichting om de aandelen

aan te bieden en over te dragen, niet alleen zijn in art. 192, lid 3 genoemde rechten worden opgeschort, maar ook dat de vennootschap onherroepelijk is gevolmachtigd om de aandelen aan te bieden en over te dragen. De onherroepelijke volmacht geldt ook bij faillissement van de aandeelhouder of indien de wettelijke schuldsanering op hem van toepassing is.

In de praktijk geeft men bij statutaire aanbiddingsplichten regelmatig de voorkeur aan alternatieve, soms inventieve, methoden om de prijs van de over te dragen aandelen te bepalen. Een voorbeeld van een prijsbepaling is een regeling waarin aandeelhouder A aandeelhouder B voor de keuze kan stellen om tegen een door aandeelhouder A genoemde prijs te kopen of te verkopen en waarbij aandeelhouder B binnen een bepaalde termijn moet aangeven of hij koopt of verkoopt (een variant van de zogenoemde Russische Roulette-clausules). In een andere variant moeten beide aandeelhouders een bod doen op de aandelen van de ander, waarna de hoogste bieder mag kopen tegen de prijs die de een na hoogste bieder bereid was te betalen. Er is volgens de wetgever geen bezwaar tegen om regelingen zoals hiervoor geschetst toe te laten, mits deze niet tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd. In overeenstemming met art. 195 is daarom in lid 3 van art. 192 Flexwet bepaald dat statutaire prijsbepalingsregelingen die afwijken van de wettelijke hoofdregel niet tegen de wil van de aandeelhouder kunnen worden opgelegd.³⁹

In lid 1 van art. 192 Flexwet is bepaald dat statutaire verplichtingen of eisen ook aan houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen worden opgelegd.

Voor de invoering van verplichtingen of eisen als bedoeld in art. 192, lid 1 Flexwet geldt dat deze niet tegen de wil van de aandeelhouder kunnen worden opgelegd. De wet vereist geen unanimititeit bij de statutenwijziging, maar bepaalt dat een aandeelhouder niet tegen zijn wil kan worden gebonden aan een verplichting of eis.⁴⁰

Indien een aandeelhouder niet heeft ingestemd met de invoering van een statutaire verplichting of eis, wordt hij daardoor niet gebonden. Dit volgt uit lid 1. Bij overdracht van de aandelen is de nieuwe aandeelhouder echter wel aan de verplichting of eis gebonden. Het betreft dus een persoonsgebonden vrijstelling.⁴¹ Belangrijk is dat goed wordt bijgehouden of een aandeelhouder is gebonden aan een statutaire verplichting of eis. Uit de statuten valt dat niet af te leiden en aan de hand van de besluitvorming over de statutenwijziging

35 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 21. Zie nader hierover W.J.M. van Veen, ‘Statutaire eisen en verbintenissen: één pot nat?’, *Ondernemingsrecht* 2010/15, p. 613 e.v. en de aldaar genoemde literatuur.

36 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 53.

37 *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 277, nr. 3, p. 8.

38 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 13.

39 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 54.

40 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 14-15 en 45.

41 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 47.

zal het niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen of een aandeelhouder niet is gebonden aan de verplichting of eis, zeker niet als die besluitvorming wat verder in het verleden ligt. Het aandeelhoudersregister is volgens de wetgever een geschikt instrument om de niet-gebondenheid vast te leggen. In het aandeelregister moeten op grond van art. 194 Flexwet bijvoorbeeld ook stemrechtloze aandelen worden vermeld, alsmede de rechten die toekomen aan pandhouders en vruchtgebruikers. Als er in een vennootschap aandeelhouders zijn die niet gebonden zijn aan een statutaire verplichting of eis, zal dat doorgaans een minderheid betreffen. Daarom ligt het in de rede om slechts de niet-gebondenheid van de aandeelhouder in het aandeelhoudersregister te vermelden. De registratie gaat daarmee niet verder dan noodzakelijk. Een en ander is bij nota van wijziging in art. 194 Flexwet geregeld.⁴²

De omstandigheid dat een opvolgende aandeelhouder wél is gebonden aan de statutaire verplichting of eis kan ertoe leiden dat de overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt.

De aandeelhouder die niet had ingestemd met de invoering van de statutaire verplichting of eis kan dus toch door de verplichting bekneld raken. Om de aandeelhouder een uitweg uit die situatie te bieden, is in art. 192a Flexwet een regeling opgenomen die hem in staat stelt om zijn aandelen tegen een billijke prijs over te dragen. Indien de vennootschap niet tijdig gegadigden aanwijst, is de aandeelhouder vrij om zijn aandelen aan een derde over te dragen en is deze derde evenmin gebonden aan de statutaire verplichting of eis. De opvolgende aandeelhouder is in de door art. 192a Flexwet geregelde situatie (dat wil zeggen de situatie waarin de overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is) evenmin gebonden aan een afwijkende prijsbepalingsregeling waarmee de voorgaande aandeelhouder niet had ingestemd. Indien de derde vervolgens de aandelen weer wil vervreemden, kan hij bij beknelling eveneens een beroep doen op art. 192a Flexwet.⁴³

Art. 192a Flexwet heeft geen betrekking op overgang van aandelen onder algemene titel. Dit volgt uit het gebruik van het woord 'vervreemdt' in de eerste zin. De verkrijger die de aandelen onder algemene titel heeft verkregen, is op grond van art. 3:116 BW gebonden aan de statutaire verplichting.⁴⁴

Wie bepaalt of een overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is? Het is in eerste instantie aan de aandeelhouders en de vennootschap zelf om te bepalen of dit het geval is. Indien de vennootschap het verzoek van de aandeelhouder om gegadigden aan te wijzen niet

inwilligt, kan men eventueel naar de rechter, die dan zal oordelen over de vraag of de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is. In het voorontwerp was op dit onderdeel gekozen voor een specifiek uittredingsrecht in de geschillenregeling. Er is uiteindelijk gekozen voor opneming in art. 912a Flexwet, omdat het volgens de wetgever de voorkeur verdient dat partijen eerst zelf proberen om tot een oplossing te komen voor ontstane patstellingen.⁴⁵

De statuten kunnen de inwerkingtreding van een verplichting of eis afhankelijk stellen van een besluit van een daartoe in de statuten aangewezen orgaan van de vennootschap (art. 192, lid 2 Flexwet). De statuten kunnen voorts bepalen dat een daartoe in de statuten aangewezen orgaan van de vennootschap ontheffing kan verlenen van een verplichting. De regeling krachtens de statuten ziet dus slechts op de inwerkingtreding en de ontheffing. De verplichting zelf dient te worden opgenomen in de statuten. Het bevoegde orgaan dient een orgaan te zijn in de zin van art. 189a. Hiermee wordt voorkomen dat de bevoegdheid wordt toegekend aan een buitenstaander.⁴⁶

Lid 4 van art. 192 Flexwet voorziet in de mogelijkheid van statutaire opschorting van rechten indien een aandeelhouder een voor hem geldende statutaire verplichting of eis niet nakomt. De statuten kunnen ook voorzien in opschorting van een deel van de in lid 4 genoemde rechten. De opschorting van rechten vervalt indien geen van de aandeelhouders nog het stemrecht kan uitoefenen. Hierdoor wordt mogelijk gemaakt dat tijdens de eerstvolgende algemene vergadering de statuten worden aangepast.⁴⁷

5.6. *Verwijzing in statuten naar aandeelhoudersovereenkomsten (incorporation by reference)*

Een statutaire verplichting tussen aandeelhouders op grond van art. 192 Flexwet heeft een vennootschapsrechtelijk karakter en moet dus worden onderscheiden van een 'gewone' aandeelhoudersovereenkomst. Statutaire regelingen gelden, anders dan een aandeelhoudersovereenkomst, ook voor later toetredende aandeelhouders. Door toe te treden als aandeelhouder van de vennootschap verbinden zij zich tot de in de statuten neergelegde verplichtingen. Derden kunnen kennismaken van de verplichtingen, omdat de statuten in het handelsregister dienen te worden gedeponneerd. De openbaarheid van de statuten is in de praktijk soms aanleiding om te kiezen voor een aandeelhoudersovereenkomst. Statutaire regelingen kunnen voorts goede-

42 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 426, nr. 7, p. 25.

43 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 47 en 57.

44 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 38.

45 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 48.

46 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 46.

47 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 57.

renrechtelijke werking hebben. Een statutaire beperking van de overdracht van aandelen leidt er bijvoorbeeld toe dat een aandeelhouder zijn aandelen niet zonder inachtneming van de statuten kan overdragen. Een contractuele beperking leidt daarentegen niet tot de ongeldigheid van de overdracht, maar tot wanprestatie jegens de andere contractspartijen. Een ander verschil is dat het niet-naleven van een statutaire verplichting, anders dan bij verplichtingen die voortvloeien uit een aandeelhoudersovereenkomst, in de statuten kan worden onderworpen aan vennootschapsrechtelijke sancties, zoals het ontzeggen van het recht op deelname aan de algemene vergadering (art. 227, lid 3) of opschorting van het stemrecht (art. 228, lid 1).

In de Flexwet wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomsten. Een verwijzing naar een aandeelhoudersovereenkomst in de statuten, ook wel *incorporation by reference* genoemd, wordt door de wetgever beperkt toegestaan (zie hierna). De wetgever wil zo veel mogelijk voorkomen dat men een vennootschapsrechtelijk karakter aan een aandeelhoudersovereenkomst kan toekennen door een verwijzing naar die overeenkomst op te nemen in de statuten. Vanwege de vennootschapsrechtelijke gevolgen is volgens de wetgever van belang dat een regeling duidelijk kenbaar is. Een statutaire regeling voldoet aan de eisen van kenbaarheid. De inhoud van een regeling krachtens de statuten zal daarentegen minder of geheel niet kenbaar zijn.⁴⁸

Behalve door verwijzing naar een aandeelhoudersovereenkomst, kan een regeling krachtens de statuten ook inhouden dat de statuten een orgaan aanwijzen met bepaalde bevoegdheden. Op dezelfde gronden als bij *incorporation by reference* heeft de wetgever ook bij de flex-bv gekozen voor het uitgangspunt dat regelingen in de statuten moeten worden opgenomen. De inhoud van een regeling mag dus niet worden overgelaten aan een daartoe aangewezen orgaan. Soms laat de Flexwet wel ruimte om bepaalde uitvoeringsbeslissingen over te laten aan een orgaan, bijvoorbeeld de regeling voor statutaire verplichtingen in art. 192 Flexwet, waarin wordt voorgeschreven dat de verplichtingen in de statuten moeten worden omschreven en dat de statuten een orgaan kunnen aanwijzen dat bevoegd is om de inwerkingtreding van de verplichting te bepalen of ontheffing te verlenen.⁴⁹

48 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 16. In dezelfde trant denkt De Kluiver, 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', *WPNR* 2008/6768. Een ruimer standpunt wordt ingenomen door P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 2009/6822. Zie over deze materie ook J.A.M. ten Berg, 'Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten', in: *Statuten zonder bezwaar*, Preadvies KNB 2002, par. 4.5.2 en Chr.M. Stokkermans, 'Extra-verplichtingen en statutaire overdrachtsbeperkingen', *WPNR* 2008/6741 en 'Beslotenheid en extraverbintenissen', in: *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk*, Preadvies KNB 2008, Hoofdstuk 1.

49 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 17.

De Flexwet biedt volgens de wetgever wel de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat het aandeelhouderschap uitsluitend openstaat voor (rechts)personen die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst. De toekomstige wettelijke regeling staat er niet aan in de weg dat de statuten bepalen dat de niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst wordt gesanctioneerd met de opschorting van aandeelhoudersrechten. Omdat toekomstige aandeelhouders niet automatisch zijn gebonden door de overeenkomst en de daaraan verbonden sancties, is het niet bezwaarlijk dat de aandeelhoudersovereenkomst niet in de statuten zelf staat en daardoor voor derden niet kenbaar is.

Een prijsbepalingsregeling in een aandeelhoudersovereenkomst kan daarentegen niet door een verwijzing in de statuten vennootschapsrechtelijke werking verkrijgen. Het verbod op *incorporation by reference* staat hieraan volgens de wetgever wel in de weg, omdat het zou neerkomen op het toekennen van vennootschapsrechtelijke werking aan een inhoudelijke regeling die niet in de statuten is opgenomen. Toekomstige aandeelhouders kunnen dus niet automatisch worden gebonden aan een contractuele prijsbepalingsregeling waarnaar in de statuten wordt verwezen. De statuten kunnen weliswaar verwijzen naar een dergelijke regeling en aan de niet-nakoming sancties verbinden, maar de prijsbepalingsregeling als zodanig – en derhalve ook de statutaire sancties – binden toekomstige aandeelhouders niet. Een dergelijke regeling heeft dus slechts werking tussen bestaande aandeelhouders.⁵⁰

Doordat de Flexwet meer ruimte biedt voor statutaire regelingen, zal in de praktijk naar verwachting van de wetgever minder vaak behoefte bestaan aan aanvullende overeenkomsten. Art. 192 Flexwet biedt de mogelijkheid om verplichtingen tussen aandeelhouders in de statuten op te nemen. Voor derden hebben statutaire regelingen als voordeel dat de in een vennootschap geldende afspraken voor de buitenwereld kenbaar zijn. Opname in de statuten komt bovendien de rechtszekerheid ten goede, omdat ook nieuw toetredende aandeelhouders gebonden zijn aan statutaire regelingen. De regeling staat er niet aan in de weg dat de niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst in de statuten wordt gesanctioneerd met opschorting van aandeelhoudersrechten.⁵¹

(wordt vervolgd)

Mr. W. Bosse

Notaris te Amsterdam en secretaris van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschappen

50 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 1-2.

51 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 20 en *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 3.