

18 De flex-bv (deel 2)

Zoals het er nu naar uit ziet, treedt op 1 juli 2012 de flex-bv 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 de twee delen van dit artikel worden de veranderingen behandeld 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 zo veel mogelijk woordelijk weergegeven.

Deel 1 van dit artikel, dat is verschenen in *FTV* 2012, nr. 13, bevatte de volgende paragrafen: Waarom de flex-bv?, De belangrijkste wijzigingen van de Flexwet in vogelvlucht, Maatschappelijk kapitaal en aandelen, Afschaffing minimumkapitaal en kapitaalbeschermingsregels, Invoering uitkeringstest; aansprakelijkheid in plaats van nietigheid (kort), Afschaffing verplichte blokkeringsregeling; aanbiedingsregeling uitgangspunt, Beperking overdraagbaarheid van aandelen, Andersluidende blokkeringsregeling en

prijsbepalingsregeling, Onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdrachtsbeperking, Statutaire verplichtingen, kwaliteitseisen en aanbiedingsverplichtingen, en Verwijzing in statuten naar aandeelhoudersovereenkomsten (*incorporation by reference*). Dit tweede deel besteedt aandacht aan de vennootschapsorganen, de stem- en vergaderrechten en de statuten.

6. Structuur en bevoegdheden van organen⁴

6.1. *Houden, bijeenroepen en oproepen van algemene vergaderingen (art. 217, 218, 219, 225 en 226 Flexwet)*

In overeenstemming met andere bepalingen in Boek 2 BW wordt in art. 217 Flexwet het begrip 'algemene vergadering van aandeelhouders' vervangen door 'algemene vergadering'.

In de praktijk bestaat onduidelijkheid over de vraag of de verplichte jaarlijkse algemene vergadering onder de reikwijdte van art. 238 valt. Er is volgens de wetgever geen bezwaar tegen om de besluitvorming op de verplichte jaarlijkse algemene vergadering buiten

- 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 van besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang (zonder externe werking), de mogelijkheid om in de statuten een monistisch bestuursstelsel 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%). Om culturele, kerkelijke en charitatieve stichtingen van de beperking van het aantal commissariaten uit te sluiten, 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 artikel van B. Verburgt en P. van der Korst, "Uitkeringen aan aandeelhouders bij de flex-bv", *FTV* 2012, nr. 14.
- 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 De paragraafnummering van dit tweede deel van dit artikel is een vervolg van die in deel 1.

vergadering te laten plaatsvinden. Daarom is in art. 218 Flexwet verduidelijkt dat tijdens ieder boekjaar ten minste één algemene vergadering wordt gehouden of ten minste eenmaal overeenkomstig art. 238 lid 1 of lid 3 Flexwet wordt besloten.

Verduidelijkt is dat het moet gaan om ten minste één vergadering per boekjaar en niet per kalenderjaar. Het gehanteerde begrip 'jaarvergadering' heeft geen meerwaarde en is geschrapt (thans lid 2 van art. 217).⁵

Voor zover individuele aandeelhouders niet reeds overeenkomstig art. 219 op grond van de statuten bevoegd zijn tot bijeenroeping, bepaalt de wet in art. 220 thans dat één of meer aandeelhouders die gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, de rechter kunnen verzoeken om een machtiging tot bijeenroeping van een algemene vergadering.

In de Flexwet wordt het recht toegekend aan één of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste een honderdste deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. De positie van minderheidsaandeelhouders wordt hiermee versterkt. Daarmee wordt aangesloten bij het agenderingsrecht in art. 224a, waarvoor ook een grens geldt van een honderdste van het geplaatste kapitaal. In de onderlinge verhouding tussen art. 224a en het voorgestelde art. 220 is het wenselijk dat de drempel voor het bijeenroepen van een vergadering en het agenderen van een onderwerp gelijk is.

De bevoegdheid om te verzoeken tot bijeenroeping van een algemene vergadering komt ook toe aan houders van stemrechtloze aandelen. Daarvoor is in art. 24d lid 2 Flexwet een uitzondering gemaakt op lid 1 van laatstgenoemd artikel. Omdat houders van stemrechtloze aandelen wel vergaderrecht hebben, ligt het in de rede om hen – evenals certificaathouders en pandhouders en vruchtgebruikers met vergaderrecht – ook de bevoegdheid toe te kennen om een verzoek in te dienen tot bijeenroeping van de algemene vergadering.⁶

Het huidige art. 225 schrijft voor dat de oproeping niet later plaatsvindt dan op de vijftiende dag vóór de algemene vergadering. Die termijn wordt in art. 225 Flexwet teruggebracht naar acht dagen. Omdat in vrijwel alle statuten van thans bestaande bv's de huidige wettelijke oproepstermijn van vijftien dagen staat vermeld, zal een statutenwijziging nodig zijn om van deze versoepeling van de Flexwet gebruik te maken.

Art. 226 heeft betrekking op de locatie van de algemene vergadering. Thans is in de praktijk niet duide-

lijk of uit de zinsnede 'elders dan behoort' kan worden afgeleid dat een algemene vergadering buiten Nederland mag worden gehouden. In de praktijk blijkt hieraan wel behoefte te bestaan, bijvoorbeeld als de vennootschap uitsluitend of voornamelijk buitenlandse aandeelhouders heeft. Art. 226 Flexwet bepaalt daarom dat de statuten kunnen bepalen dat een algemene vergadering ook buiten Nederland, op een in de statuten te vermelden plaats, kan worden gehouden. Wordt op grond van lid 1 *bij de oprichting* een buitenlandse locatie in de statuten opgenomen, dan zullen alle aandeelhouders hebben ingestemd met de statutaire regeling. Ook een nieuwe aandeelhouder zal gebonden zijn aan de bepaling: door toe te treden tot de vennootschap wordt hij geacht in te stemmen met de in de statuten opgenomen bepaling. Om te verzekeren dat alle vergadergerechtigden instemmen met de aanwijzing van een buitenlandse locatie *na oprichting*, is in lid 2 bepaald dat voor de statutenwijziging een unaniem besluit van de algemene vergadering is vereist, alsmede de instemming van alle vergadergerechtigden.

6.2. *Besluitvorming buiten vergadering (art. 238 Flexwet)*

Het bestaande onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen staat niet ondubbelzinnig vast, terwijl het van groot belang is voor de positie van de certificaathouder. In het huidige art. 238 is bijvoorbeeld besluitvorming buiten vergadering niet mogelijk indien met medewerking van de vennootschap certificaten van aandelen zijn uitgegeven. De onduidelijkheid over het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten kan gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van handelingen die ter uitvoering van de buiten vergadering genomen besluiten zijn verricht. Door in lid 2 van art. 227 Flexwet (zie hierna) te bepalen dat bij de statuten vergaderrecht kan worden toegekend aan certificaten van aandelen, wordt beoogd de thans bestaande onduidelijkheid weg te nemen. Uit het aandeelhoudersregister zal vervolgens moeten blijken of een certificaathouder vergadergerechtigd is (art. 194 Flexwet).⁷

Bestuurders en commissarissen moeten voorafgaand aan de besluitvorming buiten vergadering in de gelegenheid worden gesteld om advies uit te brengen (art. 238 lid 1 Flexwet).

Het eerste lid van art. 238 Flexwet bepaalt dat de besluitvorming van de aandeelhouders buiten de vergadering kan geschieden, mits alle vergadergerech-

5 *Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 76 en 89.*

6 *Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 77-78.*

7 *Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 81.*

tigden instemmen met de wijze van besluitvorming. Wie vergadergerechtigd zijn, volgt uit art. 227 lid 2 Flexwet (zie hierna).

Er zijn drie versoepelingen ten opzichte van de huidige wettelijke regeling.

Niet langer is een statutaire regeling vereist om buiten de vergadering te kunnen besluiten.

Ook de unanimiteitseis voor de besluitvorming komt te vervallen. In de praktijk kan het voorkomen dat een aandeelhouder weliswaar tegen het besluit wenst te stemmen, maar er tegelijkertijd geen bezwaar tegen heeft dat het besluit op andere wijze dan in een vergadering wordt genomen. In de bestaande wettelijke regeling zou de vennootschap in die situatie een gewone vergadering bijeen moeten roepen. Voor besluitvorming buiten vergadering is in de huidige regeling immers vereist dat het besluit met unanimiteit wordt genomen. In de voorgestelde regeling kan de besluitvorming wel op andere wijze dan in een vergadering plaatsvinden. Daarvoor is wel vereist dat alle vergadergerechtigden ermee instemmen dat de besluitvorming buiten de vergadering plaatsvindt. Besluitvorming vindt dan plaats volgens de algemene regels voor besluitvorming in de algemene vergadering, dat wil zeggen dat besluiten in beginsel worden genomen bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen (art. 230).

Een derde versoepeling is dat besluitvorming buiten vergadering ook mogelijk wordt indien er andere vergadergerechtigden zijn. Hier staat tegenover dat voor een geldige besluitvorming is vereist dat alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met de wijze van besluitvorming. Het vereiste van instemming bewerkstelligt dat minderheidsaandeelhouders en andere vergadergerechtigden niet tegen hun wil worden geconfronteerd met besluitvorming door de meerderheidsaandeelhouder(s) zonder dat overleg heeft plaatsgevonden in een algemene vergadering.⁸ Omdat in vrijwel alle statuten van thans bestaande bv's de huidige (en daarmee ten opzichte van de Flexwet beperktere) wettelijke regeling is opgenomen, zal een statutenwijziging nodig zijn om van de versoepelingen die de Flexwet op dit punt biedt gebruik te kunnen maken.

6.3. **Vaststelling jaarrekening en kwijting bestuurders en commissarissen bij bv met dezelfde aandeelhouder(s) en bestuurder(s) (art. 210 lid 5 Flexwet)**

Indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, geldt de ondertekening door de bestuurders tevens als vaststelling door de algemene vergadering in de zin van art. 210 lid 3, mits de andere

vergadergerechtigden instemmen met de wijze van vaststelling (art. 210 lid 5 Flexwet).⁹ Alle vergadergerechtigden moeten in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening. Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft ingesteld, is tevens de ondertekening door alle commissarissen vereist. Door te spreken van ondertekening door alle bestuurders en commissarissen, wordt tot uitdrukking gebracht dat een jaarrekening waarvan de handtekening van een van hen ontbreekt (art. 210 lid 2), niet overeenkomstig lid 3 kan worden vastgesteld.

Voorts is bepaald dat de in art. 210 lid 5 Flexwet geregelde vaststelling van de jaarrekening tevens strekt tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Hiermee wordt afgeweken van art. 210 lid 3. Dit stuit volgens de wetgever niet op bezwaren, omdat het in art. 210 lid 5 Flexwet gaat om de situatie waarin alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn. Omdat die aandeelhouders tezamen met de commissarissen zelf de jaarrekening ondertekenen, heeft het voorschrijven van een afzonderlijke beslissing over de kwijting, waarbij bestuurders en commissarissen verantwoording afleggen aan de algemene vergadering, in die situatie weinig meerwaarde. In situaties waarin niet alle aandeelhouders tevens bestuurders zijn, heeft het afleggen van verantwoording over de jaarrekening nog wel meerwaarde. Daarom wordt art. 210 lid 3 als wettelijke hoofdregel gehandhaafd.¹⁰

Indien men deze 'automatische' vaststelling en kwijting niet wil, kan in de statuten de toepassing van art. 210 lid 5 Flexwet worden uitgesloten.¹¹

6.4. **Benoeming, bindende voordracht bestuurders en commissarissen en belet of ontstentenis commissarissen (art. 242, 243 en 252 Flexwet)**

Het is op grond van de huidige regeling niet mogelijk dat een aandeelhouder of een bepaalde groep aandeelhouders een 'eigen' bestuurder benoemt. Vooral bij *joint venture*-verhoudingen is gebleken dat hieraan

⁸ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 88.

⁹ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 76. In het in art. 210 lid 5 geschetste geval zijn alle aandeelhouders tevens bestuurder, zodat de kennisneming van de opgemaakte jaarrekening alleen betrekking heeft op de 'overige' vergadergerechtigden (*Kamerstukken II* 2010-2011, 32 426, nr. 8, p. 15).

¹⁰ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 39 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 7, p. 18. Zie over decharge en dividenduitkering o.a. J.E. Brink-van der Meer, J.B. Huizink en P.A. Ledeboer, "Dividend en decharge", *WPNR* 2011/6874, J. Barneveld, "Dividend, decharge & disculpatie, Reactie op 'Dividend en decharge'" van mw. mr. J.E. Brink-van der Meer, prof. mr. J.B. Huizink en mr. P.A. Ledeboer in *WPNR* (2011) 6874, *WPNR* 2011/6893 en Naschrift van eerstgenoemde schrijvers in *WPNR* 2011/6893.

¹¹ *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 89.

behoefte bestaat. Verschillende ondernemers of ondernemingen gaan daarbij met een bepaald doel een samenwerkingsverband aan en spreken af dat ieder een bestuurder mag benoemen. Onder de huidige wettelijke regeling kan die afspraak alleen gestalte krijgen via een overeenkomst tussen de aandeelhouders met de verplichting om op een bepaalde manier te stemmen (stemovereenkomst).¹²

De Flexwet opent de mogelijkheid om aandelen een bepaalde aanduiding te geven, bijvoorbeeld het aandeel met nummer ... (art. 189a Flexwet). De vennootschap kan vervolgens in de statuten bepaalde rechten, bevoegdheden of verplichtingen toekennen aan (de vergadering van) houders van aandelen van die aanduiding, zoals de bevoegdheid tot benoeming van een bestuurder (art. 242).¹³ Hierdoor wordt het mogelijk dat aandeelhouders of groepen van aandeelhouders ieder een eigen bestuurder benoemen. Benoeming van een 'eigen' bestuurder wordt in de nieuwe wettelijke regeling ook mogelijk via een flexibele stemrechtverdeling (art. 228 Flexwet). De mogelijkheid dat één of meer aandeelhouders ieder een eigen bestuurder benoemen, doet geen afbreuk aan het uitgangspunt dat het bestuur van de vennootschap zich bij het handelen moet richten naar het belang van de vennootschap. De bestuurder die wordt benoemd door een bepaalde groep aandeelhouders geniet weliswaar het bijzondere vertrouwen van die groep, maar zal zich bij de besluitvorming niet uitsluitend mogen laten leiden door hun belangen.¹⁴

Het wettelijk vereiste dat een bindende voordracht ten minste twee personen voor iedere te vervullen plaats bevat, komt te vervallen (art. 243 Flexwet). Dit vereiste wordt in de praktijk als een onnodige regel ervaren, omdat de tweede persoon op de voordracht zelden een serieuze kandidaat blijkt te zijn.¹⁵

In een nieuw lid 3 wordt bepaald dat indien de voordracht één kandidaat bevat, het besluit over de voordracht tot gevolg heeft dat de kandidaat is benoemd, tenzij het bindend karakter aan de voordracht wordt ontnomen. Hiermee wordt voorkomen dat de algemene vergadering tweemaal moet stemmen: eenmaal over het al dan niet doorbreken van de

bindende voordracht en eenmaal over de benoeming. Voorwaarde voor een geldige benoeming overeenkomstig lid 3 is dat aan de vereisten voor een besluit tot benoeming wordt voldaan. Dit betekent dat indien de statuten een grotere meerderheid voor de benoeming van een bestuurder voorschrijven, deze statutaire eis in acht moet worden genomen.¹⁶

De benoemingsregeling voor de raad van commissarissen wordt zo veel mogelijk gelijkgetrokken met de nieuwe regeling voor de benoeming van bestuurders (art. 252 Flexwet). Hier wordt volstaan met een verwijzing naar hetgeen hiervoor in deze paragraaf is geschreven ten aanzien van bestuurders. De mogelijkheid dat één of meer aandeelhouders een eigen commissaris benoemen, betekent niet dat afstand wordt genomen van de positie van de commissarissen als onafhankelijke toezichthouders. De wet bevat reeds voldoende richtsnoeren die deze onafhankelijke positie van de commissaris waarborgen. Art. 250 lid 2 bevat een taakomschrijving van de raad van commissarissen en bepaalt dat de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Commissarissen dienen zich bovendien te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (art. 8). De omstandigheid dat een commissaris door één of meer houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is benoemd, betekent derhalve niet dat hij zich (uitsluitend) mag laten leiden door hun belangen.¹⁷ Indien de bv een raad van commissarissen kent, moeten de statuten ingevolge lid 4 van art. 252 Flexwet voorschriften bevatten omtrent de wijze waarop in de toezichthoudende taak voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van commissarissen. Thans kent de wet voor commissarissen geen regeling op dit punt. Volgens de overgangsregeling zal deze regeling bij de eerstkomende statutenwijziging opgenomen moeten worden (lid 7 van art. V.2 Invoeringswet).

7. Stem- en vergaderrechten

7.1. Certificering en vergaderrecht (art. 227 lid 2 Flexwet)

Certificering van aandelen wordt door bv's in de praktijk onder andere gebruikt om de belangen van de verschillende familiestaken te behartigen, om werknemersparticipatie in te voeren of om te verzekeren dat de stemrechten in één hand blijven in geval van echtscheiding of om bij familievennootschappen de

¹² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 90.

¹³ Aandelen van een bepaalde aanduiding kunnen ook zijn winstrechtloze of stemrechtloze aandelen (art. 216 lid 7 resp. art. 228 lid 5 Flexwet). Met het oog op een ordentelijke vaststelling van de rechten en verplichtingen van aandeelhouders is het van belang dat de aanduiding wordt geregistreerd. Daarom is in art. 194 lid 1 Flexwet bepaald dat de aanduiding in het aandeelhoudersregister moet worden vermeld. Kennen de statuten bijvoorbeeld de bevoegdheid tot benoeming van bestuurder A toe aan de vergadering van houders van aandelen met de nummers 1-20, dan zal de nummering van de aandelen uit het aandeelhoudersregister moeten blijken. *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 24.

¹⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 91-92.

¹⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 92.

¹⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 93.

¹⁷ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 96.

opvolging te regelen.¹⁸ Door certificering worden de zeggenschapsrechten van een aandeel gescheiden van de economische rechten, een resultaat dat op grond van de Flexwet ook met stemrechtloze aandelen kan worden bereikt.¹⁹

Het bestaande onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen staat niet ondubbelzinnig vast, terwijl het van groot belang is voor de positie van de certificaathouder. In het huidige art. 238 is bijvoorbeeld besluitvorming buiten vergadering niet mogelijk indien met medewerking van de vennootschap certificaten van aandelen zijn uitgegeven.

Volgens art. 227 lid 2 kunnen de statuten bepalen of aan houders van certificaten vergaderrecht is verbonden of niet. Vergaderrechten zijn volgens lid 1 het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Hoewel omwille van de eenvoud wordt gesproken van certificaten met vergaderrecht, koppelt de wet naast het vergaderrecht ook andere rechten aan een certificaat met vergaderrecht. Het gaat onder andere om het recht om kennis te nemen van oproepingsbrieven voor een algemene vergadering (art. 224 lid 1) en het recht om de voorzieningenrechter te verzoeken om een machtiging tot het bijeenroepen van een algemene vergadering (art. 220). Dat een certificaathouder vergaderrecht heeft, zal op grond van art. 194 Flexwet moeten blijken uit het aandeelhoudersregister.

Binnen een jaar na inwerkingtreding van de Flexwet moeten de houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, de vennootschap schriftelijk verzoeken hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register. Indien het bestuur dit verzoek afwijst, kunnen de houders van de certificaten de rechtbank verzoeken het bestuur op te dragen hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register (lid 1 van art. V.2 Invoeringswet).

Vervolgens zal bij de eerstvolgende statutenwijziging aan hen in de statuten vergaderrecht moeten worden toegekend overeenkomstig het bepaalde in art. 227 lid 2 Flexwet. Tot die tijd hebben de in het aandeelhoudersregister ingeschreven vergadergerechtigde certificaathouders vergaderrecht (lid 6 van art. V.2 Invoeringswet). Zie nader over het overgangsrecht met betrekking tot de invoering van vergadergerechtigde certificaathouders de hierover verschenen literatuur.²⁰

7.2. Stemrechtloze aandelen (art. 228 lid 5 Flexwet)

De invoering van stemrechtloze aandelen is voorgesteld om te voorzien in een behoefte die vooral zal bestaan in het kader van werknemersparticipatie, bij externe kredietverschaffers (zoals banken) en bij familieopvolging in familievennootschappen, of wanneer men een kapitaalinjectie (door middel van het uitgeven van aandelen) wenselijk acht zonder de stemverhouding te willen wijzigen. Het gaat deze aandeelhouders uitsluitend om de financiële aspecten van het aandeelhouderschap.²¹

Iets dat ook met certificering van aandelen kan worden bereikt (zie hiervoor par. 7.1). Volgens de wetgever is gebleken dat daarnaast ook behoefte bestaat aan wettelijke facilitering van aandelen zonder stemrecht. Er is in dit verband opgemerkt dat het stemrechtloze aandeel in internationaal verband een gebruikelijke figuur is en daarom van nut kan zijn voor internationale (houdster)structuren. Bovendien blijkt in het buitenland certificering moeilijk uit te leggen. Zo kan de fiscale kwalificatie van stemrechtloze aandelen door de buitenlandse fiscus eenvoudiger verlopen dan gecertificeerde aandelen. Stemrechtloze aandelen maken kapitaalinjecties door middel van uitgifte van aandelen mogelijk zonder de aanvankelijk overeengekomen stemverhoudingen in de vennootschap te wijzigen. Ten opzichte van de invoering van stemrechtloze aandelen leidt certificering bovendien tot relatief hoge kosten in de vorm van het instellen van een administratiekantoor.

Als een aandeel stemrechtloos is, betekent dit dat alleen in de algemene vergadering stemrecht ontbreekt (lid 5 van art. 228 Flexwet). Dit sluit derhalve niet uit dat houders van stemrechtloze aandelen wel in andere aandeelhoudersvergaderingen stemrecht kunnen hebben. Zo is een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een orgaan in de zin van het voorgestelde art. 189a Flexwet. Dit biedt vennootschappen bijvoorbeeld de mogelijkheid om statutair te bepalen dat de benoeming van een bepaalde bestuurder door de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen geschiedt.²²

Dat aan een aandeel geen stemrecht toekomt, kan voorafgaand aan de uitgifte van de aandelen worden bepaald. Na de uitgifte kan het stemrecht slechts met

18 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 81.

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

20 O.a. G.M. Portier, "Flex-bv: overgangsregeling certificering, zo werkt het (niet)", *WPNR 2011/6870*, p. 47-52. Over het overgangsrecht in het algemeen verwijs ik o.a. naar 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 2010/6857* en W. Bosse, "Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (I)", *WPNR 2011/6871* en W. Bosse, "Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (II, slot)", *WPNR 2011/6872*.

21 *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 6. en 11 en *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7, p. 16.

22 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 39.

instemming van alle houders van aandelen van de desbetreffende soort worden ontnomen (art. 228 lid 5 Flexwet).

Aan stemrechtloze aandelen zijn alle aandeelhoudersrechten verbonden, met uitzondering van het stemrecht. Houders van stemrechtloze aandelen hebben dus wel vergaderrecht en winstrecht. Mede hierom moeten houders van stemrechtloze aandelen worden vermeld in het aandeelhoudersregister (art. 194 Flexwet). Houders van stemrechtloze aandelen zijn onder de voorwaarden van art. 346 bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek. Voor houders van stemrechtloze aandelen staat de mogelijkheid open om in voorkomend geval een besluit op grond van art. 15 door te rechter te laten vernietigen of om een kort geding aan te spannen.

Vanwege deze en andere rechten die de Flexwet aan houders van stemrechtloze aandelen toekent, zal in de praktijk behoefte blijven bestaan aan certificering van aandelen, omdat in de statuten kan worden bepaald dat aan de houders van certificaten geen vergaderrecht toekomt. Daardoor hebben deze certificathouders ook niet de andere rechten die de wet toekent aan houders van certificaten met vergaderrecht.

Volgens art. 190 Flexwet worden rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, niet als aandeel aangemerkt. Aan een aandeel zonder stemrecht zal dus een recht op uitkering van winst of reserves verbonden moeten zijn. De mogelijkheid van winstrechtloze aandelen (art. 216 lid 7 Flexwet) wordt daarom in lid 5 van art. 228 Flexwet buiten toepassing verklaard.

Ten minste één aandeel met stemrecht moet worden gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen (art. 175 Flexwet). Dit voorkomt dat het aandeel stemrechtloos kan zijn op grond van een statutaire regeling als bedoeld in art. 228 lid 5 Flexwet. Deze voorwaarde beoogt te waarborgen dat de vennootschap te allen tijde in een algemene vergadering tot besluitvorming kan overgaan; dat vereist de mogelijkheid om stemrecht uit te oefenen.²³

Een besluit tot statutenwijziging dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, heeft een goedkeurend besluit van deze groep van aandeelhouders, tenzij ten tijde van de toekenning van het recht de bevoegdheid tot wijziging bij die bepaling uitdrukkelijk was voorbehouden (art. 231 lid 4 Flexwet).

Met name is dit lid toegevoegd om de houders van stemrechtloze aandelen bescherming te bieden tegen besluiten tot statutenwijziging waarbij bijvoorbeeld afbreuk wordt gedaan aan de hun toegekende zeggen-

schapsrechten, zoals voordrachtsrechten, benoemingsrechten of goedkeuringsrechten. Ook kunnen aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding specifieke rechten zijn verbonden. Lid 4 strekt zich ook uit tot bescherming van de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

Het ligt volgens de wetgever niet voor de hand om bij omzetting, fusie en splitsing, waarbij in de nieuwe situatie geen stem- of winstrechtloze aandelen mogelijk zijn, als uitgangspunt te nemen dat deze aandelen worden uitgebreid met respectievelijk stemrechten en winstrechten. Ook ligt het niet voor de hand om de houders van stemrechtloze aandelen juist bij belangrijke besluiten als die over omzetting, fusie en splitsing wel stemrecht te geven of hen via een vergadering van aandelen van een bepaalde soort alsnog om goedkeuring van een dergelijk besluit te moeten vragen.²⁴

Daarom is in art. 181 lid 6 Flexwet bepaald dat art. 231 lid 4 Flexwet niet van toepassing is ten aanzien van houders van winst- of stemrechtloze aandelen bij een statutenwijziging in het kader van een omzetting van een bv in een andere rechtsvorm. Dezelfde problematiek doet zich voor bij fusie en splitsing. Ook daar bestaat een bepaling die een goedkeurend besluit vraagt van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort aan wier rechten de fusie of splitsing afbreuk doet (art. 330 lid 2 en art. 334ee lid 2). Ook deze worden bij fusie en splitsing buiten toepassing verklaard ten aanzien van houders van winst- of stemrechtloze aandelen (art. 330a lid 3 Flexwet en art. 334ee1 lid 3 Flexwet).

Bij de omzetting van een bv in andere rechtsvorm en bij de fusie en splitsing van een bv met of in een andere rechtsvorm die geen winst- of stemrechtloze aandelen kent, is het de vraag wat er met de houders van genoemde aandelen moet gebeuren. De wetgever wil de omgezette of verkrijgende rechtspersoon niet verplichten deze aandeelhouders een andere positie te geven dan zij in de oude situatie hadden. In de nieuwe constellatie van de omgezette, gefuseerde of gesplitste rechtspersoon, die er een geheel andere strategie op na kan houden dan de oude rechtspersoon, kan op goede gronden geen plaats meer zijn voor de houders van winst- of stemrechtloze aandelen. Het toekennen van stemrechten kan de verhouding tussen de aandeelhouders in de rechtspersoon bovendien sterk veranderen en de toekenning van winstrecht kan het winstrecht van de overige aandeelhouders verwateren. En ook de houder van winst- of stemrechtloze aandelen wil wellicht niet worden gedwongen aandeelhouder of lid te worden in de omgezette, gefuseerde of (af)gesplitste rechtspersoon.

In de nieuwe regeling in de hiervoor genoemde artikelen van de Flexwet hebben de houders van de

²³ Kamerstukken II 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 16.

²⁴ Kamerstukken II 2010-2011, 32 426, nr. 7, p. 16 en 17.

stem- of winstrechtloze aandelen de mogelijkheid om aandeelhouders met winst- en stemrechten te worden in de nieuwe situatie die ontstaat na omzetting, juridische fusie of splitsing, of dat zij met een in onderling overleg bepaalde schadeloosstelling de vennootschap verlaten.²⁵

8. Modelstatuten van overheidswege?

Vorig jaar kondigde minister Verhagen van Economische Zaken aan dat er een wetvoorstel zal komen waarbij de verplichte notariële akte zal worden afgeschaft bij het oprichten van een bv.²⁶

In 2006 is in de parlementaire geschiedenis bij de Flexwet de mogelijkheid genoemd van door de overheid opgestelde modelstatuten. Daarbij werd gedacht aan een systeem zoals dat geldt voor de Engelse *limited*, waarbij voorgeschreven modelstatuten (Table A) gelden indien de vennootschap geen eigen statuten deponereert.

Ook in 2003 is in de nota modernisering ondernemingsrecht (*Kamerstukken II* 2003-2004, 29 752, nr. 2) gewezen op de mogelijkheid van modellen die zinvol zouden kunnen zijn voor de versoepeling van het bv-recht. Bij de expertgroep bestond aarzeling over het instrument van modelstatuten van overheidswege. Er is daarbij gewezen op het feit dat de notaris thans al werkt op basis van modellen die door de praktijk zijn ontwikkeld (waaronder de modellen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie) en dat praktijkmodellen de flexibiliteit meer stimuleren dan één door de overheid ontwikkeld model. De commissie vennootschapsrecht staat eveneens terughoudend tegenover wettelijke modelstatuten en is van mening dat hier een taak ligt voor de KNB.

Gelet op de terughoudendheid bij de expertgroep en de commissie vennootschapsrecht koos de wetgever in 2006 ervoor om geen wettelijke grondslag op te nemen voor modelstatuten van overheidswege. Hiermee wordt ruimte gelaten om in de praktijk te komen tot modelstatuten die zijn toegesneden op de behoeften van de gebruikers. Dit neemt volgens de wetgever niet weg dat de behoefte aan wettelijke modelstatuten voor de bv op een later moment nader kan worden bezien.²⁷ Ook op Europees niveau wordt gedacht aan modelstatuten voor een vennootschap met één aandeelhouder, met name voor dochtervennootschappen van concerns waardoor deze dezelfde juridische structuur hebben in de lidstaten. Dit staat in het *Report of the*

Reflection Group On the Future of EU Company Law.²⁸ De Reflectiegroep stelt voor om daarvoor een richtlijn vast te stellen die de lidstaten verplicht om geharmoniseerde modelwetgeving voor een eenpersoonsvennootschap te implementeren. Daarin zouden lidstaten kunnen worden verplicht een vereenvoudigde besloten vorm aan te bieden aan vennootschappen met slechts één aandeelhouder. Op basis van de richtlijn zouden vereenvoudigde vennootschapsstatuten kunnen worden opgesteld, die bijvoorbeeld in een annex bij de richtlijn zouden kunnen worden opgenomen. Vennootschappen zouden deze statuten kunnen kiezen door ondertekening en deponering daarvan bij het nationale handelsregister.

9. Slot; aanpassing statuten van huidige bv's?

In de twee delen van dit artikel zijn de belangrijkste wijzigingen ten gevolge van de Flexwet aangegeven. Daarbij is in de parlementaire geschiedenis van de Flexwet en de Invoeringswet gezocht naar de toelichting van de wetgever bij de desbetreffende bepalingen, waardoor wordt aangegeven wat de wetgever heeft bedoeld met deze wijzigingen.

De Flexwet noodzaakt niet tot aanpassing van statuten van de huidige bv's en leidt daardoor niet tot verhoging van administratieve lasten. Wel is het zo dat als men van de flexibilisering van het bv-recht gebruik wil maken, een statutenwijziging nodig is. In vrijwel alle statuten van huidige bv's is namelijk met betrekking tot bepaalde onderwerpen, zoals de inkoop van aandelen (art. 207), het verbod van financiële steunverlening (art. 207c), het oproepen van de algemene vergaderingen (art. 225) en besluitvorming buiten vergadering (art. 238), de huidige wettelijke regeling overgenomen. Als de Flexwet in werking treedt, zal met betrekking tot deze genoemde onderwerpen de wet of soepeler zijn of zelfs geen regeling meer bevatten. Zo komt bijvoorbeeld art. 207c te vervallen. Indien de statuten nog de huidige regeling bevatten, zullen voor deze onderwerpen toch de statutaire bepalingen moeten worden gevolgd, die dan minder soepel zijn dan de nieuwe wetgeving. Wil men van deze statutaire klemmen worden bevrijd, dan zal het toch nodig zijn om de statuten aan te passen aan de soepelere nieuwe wetgeving.

Het is nu afwachten of de flex-bv er daadwerkelijk komt per 1 juli van dit jaar.

Mr. W. Bosse

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

25 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 426, nr. 7, p. 18 e.v. Zie hierover nader R.A.F. Timmermans, "Omzetting, fusie en splitsing van een bv met stemrechtloze en winstrechtloze aandelen", *WPNR* 2011/6870, p. 53-56.

26 Nieuwsbericht 3 september 2011, www.rijksoverheid.nl.

27 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 6-7.

28 Zie hierover o.a. B.J. de Jong en M.A. Verbrugh, "De toekomst van het Europese ondernemingsrecht", *Ondernemingsrecht* 2011-10/11, p. 376-385 en J. Roest, "Het EU vennootschapsrecht in het tweede decennium van de 21e eeuw", *WPNR* 2011/6902.