

Kroniek Vennoot- schapsrecht



INHOUD

Flexwet » Kapitaal » Winst-, stem-, en vergaderrechten » Algemene vergadering » Blokkeringsregeling
» Bestuurders en commissarissen » Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders » Geschillenregeling
Bestuur en toezicht » Aanpassing enquêterecht » Wet corporate governance » Bonussen » Centraal
aandeelhoudersregister » Slot » Literatuurlijst

Het afgelopen jaar is een groot aantal wetgevingstrajecten op het terrein van het vennootschapsrecht afgerond. Per 1 oktober 2012 is het bv-recht ingrijpend herzien en op 1 januari 2013 traden de Wet bestuur en toezicht en de aanpassing van het enquêterecht in werking. Daarom wordt in deze kroniek alleen aandacht besteed aan deze belangrijke nieuwe wetgeving.

Tekst: Bas Visée¹

Flexwet

In 1972 werd de bv ingevoerd als afzonderlijke rechtsvorm naast de nv. De achtergrond hiervan was dat de eerste EG-richtlijn alle nv's verplichtte tot publicatie van de jaarrekening. Om besloten nv's de mogelijkheid te bieden zich aan deze publicatieplicht te onttrekken, werd een nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd: de bv. Er vond toen geen fundamentele discussie plaats over de inrichting van de bv; er werd simpelweg aangesloten bij de nv waardoor er nauwelijks verschillen bestonden tussen de nv en de bv. Hoewel de meeste latere Europese richtlijnen inzake het vennootschapsrecht slechts van toepassing waren op de nv, heeft de wetgever deze eveneens geïmplementeerd in het bv-recht. Daardoor werd het bv-recht onnodig gecompliceerd en ontstond de laatste jaren behoefte aan een vereenvoudiging en flexibilisering van de wettelijke regeling van de bv. Ook de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie heeft daaraan bijgedragen: in het Inspire Art-arrest² stelde het Europese Hof grenzen aan de mogelijkheden van de Nederlandse wetgever om het gebruik van buitenlandse rechtsvormen te beperken, hetgeen leidde tot meer *regulatory competition*. Vanwege de concurrentie met buitenlandse rechtsvormen voelde de Nederlandse wetgever zich gedwongen het bv-recht aantrekkelijker te maken. Naar aanleiding van het rapport *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse bv-recht* dat de expertgroep onder leiding van professor Harm-Jan de Kluiver in 2004 uitbracht, is een drietal ambtelijke voorontwerpen opgesteld;

Vanwege de concurrentie met buitenlandse rechtsvormen voelde de Nederlandse wetgever zich gedwongen het bv-recht aantrekkelijker te maken

deze zijn samengevoegd tot één wetsvoorstel dat in 2007 aan de Tweede Kamer werd gezonden. Vijf jaar later stonden de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de daarbij behorende Invoeringswet in het *Staatsblad*³; deze wetten traden op 1 oktober 2012 in werking. Over de Flexwet – zoals ik de nieuwe wetgeving hierna kortweg aanduid – is een enorme hoeveelheid literatuur verschenen. Hier beschrijf ik in hoofdlijnen de belangrijkste wijzigingen, zodat u door de bomen het bos weer ziet.

Kapitaal

De Flexwet heeft het minimumkapitaal voor de bv afgeschaft. Ook behoeven de statuten van een bv niet langer een maat-

schappelijk kapitaal te vermelden. Voorts is het niet langer verplicht om ten minste een vierde van de nominale waarde van de aandelen te storten bij het nemen daarvan. Overeengekomen kan worden dat de stortingsplicht (geheel of gedeeltelijk) op een later tijdstip zal worden voldaan of nadat de bv deze zal hebben opgevraagd (artikel 2:191 lid 1 BW). De nominale waarde van aandelen kan thans ook in andere valuta dan de euro worden uitgedrukt.

De meeste kapitaalbeschermingsregels zijn afgeschaft. De vroeger voorgeschreven bankverklaring bij storting in geld en de voorheen verplichte accountantsverklaring bij storting anders dan in geld zijn komen te vervallen. Verder zijn de fameuze (zo je wil: beruchte) artikelen 2:204c BW (*Nachgründung*) en 2:207c BW (*financial assistance*) afgeschaft. Het bestuur blijft verantwoordelijk voor de beoordeling of transacties met oprichters/aandeelhouders die vroeger werden beheerst door de artikelen 204c en 207c, plaats mogen vinden. Daarbij moet het bestuur het belang van de vennootschap voor ogen houden. Een onzorgvuldige of te lichtzinnige beoordeling van een transactie zou onder omstandigheden kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Artikel 2:216 BW omtrent de uitkering van winst en reserves is totaal herzien. Zo is de vermogenstoets van het tweede lid belangrijk versoepeld. Slechts voor zover de bv wettelijke of statutaire reserves moet aanhouden, dient het eigen vermogen groter te zijn dan die reserves (de zogenaamde beperkte balanstest). Er hoeft geen rekening te worden gehouden met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal. Zulks betekent dat als de bv geen wettelijke of statutaire reserves hoeft aan te houden, de uitkering kan leiden tot een negatief eigen vermogen. Het doen van een uitkering is alleen mogelijk met goedkeuring van het bestuur. Het bestuur kan slechts de verplichte goedkeuring van

1 Partner bij Rutgers Posch Visée Endedijk N.V. (Rutgers & Posch) in Amsterdam.

2 HvJ EG 30 september 2003; JOR 2003/249.

3 Wet van 18 juni 2012 tot 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), *Staatsblad* 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Staatsblad* 2012, 300.

Oh! Ik wil heel graag in strijd met de
regeling worden benoemd! O, als je blijft?
Ik zie enorme mogelijkheden!



een uitkeringsbesluit weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De formulering van deze zogenaamde uitkeringstest is ontleend aan rechtspraak van de Hoge Raad.⁴ Als zich na de uitkering toch betalingsproblemen voordoen, zijn – volgens het derde lid – de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of hadden moeten voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Uit de oorspronkelijke memorie van toelichting en de latere parlementaire behandeling blijkt dat een periode van maximaal één jaar de gebruikelijke termijn is voor wat men behoort te weten of redelijkerwijs behoort te voorzien⁵.

De wettelijke regeling voorziet in een disculpatiemogelijkheid. Een bestuurder zal moeten bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig

is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Daarnaast kunnen bestuurders nog steeds een beroep doen op aan hen verleende decharge. Hoewel er ongelooflijk veel te doen is geweest om het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW, is mijn conclusie dat daarmee een bestuurdersaansprakelijkheid in de wet is gecodificeerd die onder het oude recht ook al bestond. Feitelijk is er voor bestuurders weinig veranderd en worden zij nu niet geconfronteerd met een verzwaarde aansprakelijkheid.⁶

Aandeelhouders die een uitkering hebben ontvangen die strijdig is met de beperkte balanstest of zonder dat het bestuur zijn goedkeuring heeft verleend, zijn gehouden het ontvangen bedrag op grond van onverschuldigde betaling terug te betalen. Daarvoor is geen kwade trouw bij de aandeelhouder vereist; die is wel nodig voor de volgende aansprakelijkheid. Degene die de uitkering heeft ontvangen en wist of redelijkerwijs had behoren te voorzien dat de vennootschap daarna in betalingsproblemen zou komen te verkeren, is gehouden tot vergoeding van het

tekort dat door de uitkering is ontstaan voor ten hoogste het bedrag dat hij heeft ontvangen, met de wettelijke rente.

Voor inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouder geldt eveneens de beperkte balanstest en de uitkeringstest en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders.⁷ De inkoopregeling is versoepeld, doordat de 50 procent-grens is afgeschaft. Een bv kan alle eigen aandelen op één aandeel met stemrecht na inkopen. Onder het nieuwe recht besluit het bestuur tot inkoop; machtiging van de aandeelhoudersvergadering is niet langer vereist.

Ook de procedure voor kapitaalvermindering is vereenvoudigd. Het crediteurenverzet is komen te vervallen. Dit betekent dat het besluit tot kapitaalvermindering direct van kracht wordt. Ook zijn deponering van het besluit tot kapitaalvermindering bij het handelsregister en publicatie in een landelijk verspreid dagblad niet langer nodig.

Winst-, stem- en vergaderrechten

De Flexwet introduceert winstrechtloze aandelen. Volgens artikel 2:216 lid 7 BW kan bij de statuten worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Aandelen kunnen niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn.⁸ Aandelen waaraan louter vergaderrechten zouden zijn verbonden, zijn derhalve onbestaanbaar.

Het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren, komt toe aan aandeelhouders, houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden, aan aandeelhouders die vanwege een vruchtgebruik of pandrecht geen stemrecht hebben en

⁴ HR 8 november 1991; *NJ* 1992/174 (Nimox) en HR 6 februari 2004; *JOR* 2004/67 (Reinders Didam). Zie MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 33.

⁵ MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 30 en p. 71 en Kamerstukken II, 2011-2012, 32 426, nr. 24, p. 11.

⁶ Zie hierover uitgebreid: H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2012/116, in het bijzonder p. 628-629 en p. 631.

⁷ Vergelijk voor inkoop artikel 2:207 leden 2 en 3 BW en voor kapitaalvermindering artikel 2:208 lid 6 BW.

⁸ Zie de laatste zin van artikel 2:228 lid 5 BW.

aan vruchtgebruikers en pandhouders die stemrecht hebben.⁹ Vruchtgebruikers en pandhouders die geen stemrecht hebben, hebben vergaderrecht indien de statuten dit bepalen en bij de vestiging of overdracht van het vruchtgebruik of pandrecht niet anders is bepaald. De nieuwe regeling maakt een einde aan de vroegere, soms lastige, beoordeling of certificaten al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Bv's moeten dit jaar besluiten of aan certificaathouders vergaderrecht toekomt en zulks vermelden in het aandeelhoudersregister. Houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de vennootschap 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.¹⁰ Zijn er voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Flexwet met medewerking van de vennootschap certificaten van haar aandelen uitgegeven, dan dient de vennootschap bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht te verbinden aan houders van deze certificaten.¹¹

Onder het oude artikel 2:228 BW gold als hoofdregel dat, indien het maatschappelijk kapitaal in aandelen van eenzelfde bedrag was verdeeld, iedere aandeelhouder zoveel stemmen uitbracht als hij aandelen had. Van deze hoofdregel kon slechts beperkt worden afgeweken. Op grond van de nieuwe regeling wordt het mogelijk stemrechtloze aandelen te creëren en ontstaat veel grotere vrijheid de stemverhoudingen in te richten. Een statutaire regeling op dit punt geldt voor alle besluiten van de algemene vergadering; een differentiatie van het aan aandelen verbonden stemrecht per besluit is niet mogelijk. Als gezegd, kan een stemrechtloos aandeel niet tevens winstrechtloos zijn en heeft een houder van een stemrechtloos aandeel altijd vergaderrecht. Alleen een certificaathouder kan geheel worden uitgesloten van deelname aan vergaderingen

9 Artikel 2:227 lid 2 BW.

10 Artikel V.2 lid 1 Invoeringswet.

11 Artikel V.2 lid 6 Invoeringswet.

niet zomaar besloten
maar vastbesloten...
we hebben een B!
We hebben een V!
We hebben een...



omdat aan hem vergaderrecht kan worden onthouden.

Algemene vergadering

De Flexwet heeft de (minimale) oproepingstermijn voor het houden van een algemene vergadering verkort naar acht dagen. Is die termijn niet in acht genomen dan kan toch wettig worden besloten indien alle vergadergerechtigden met de kortere oproepingstermijn hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. Ook nieuw is dat de statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering buiten Nederland kan plaatsvinden. Vindt een vergadering elders plaats dan de statuten voorschrijven, dan is besluitvorming toch mogelijk indien alle vergadergerechtigden met die andere vergaderplaats hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. Omdat de meeste statuten van bv's nog de oude oproepingstermijn van vijftien

dagen bevatten en bepalen dat de vergadering in een plaats in Nederland dient plaats te vinden, zullen eerst de statuten moeten worden aangepast alvorens kan worden geprofitteerd van de kortere oproepingstermijn en de mogelijkheid in het buitenland te vergaderen.

Ten minste eenmaal per jaar dient een algemene vergadering te worden gehouden, zij het dat in plaats daarvan ook besluitvorming buiten vergadering kan plaatsvinden. Vroeger konden besluiten niet buiten vergadering worden genomen indien er met medewerking van de vennootschap certificaten waren uitgegeven. Onder de Flexwet is besluitvorming buiten vergadering ook mogelijk indien er andere vergadergerechtigden dan aandeelhouders zijn, mits de andere vergadergerechtigden hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming. Een statutaire grondslag is daarvoor niet meer nodig. Besluitvorming met algemene stemmen is evenmin vereist. Wel dienen bestuurders en commissarissen voordien in de gelegenheid te zijn gesteld hun advies uit te brengen. Ook hier moeten eerst de statuten worden aangepast voordat gebruik kan worden gemaakt van de nieuwe regeling.

Blokkeringsregeling

Een kenmerkende eigenschap van de bv was de beslotenheid van haar kring van aandeelhouders. Artikel 2:195 BW schreef dwingend voor dat de statuten van een bv een blokkeringsregeling moesten bevatten die de overdraagbaarheid van aandelen beperkte. De Flexwet voorziet in een aanbiederingsregeling en, indien gewenst door de aanbiederende aandeelhouder, een prijsbepaling door één of meer onafhankelijke deskundigen. Daar kan bij de statuten van worden afgeweken in die zin dat géén of een andere blokkeringsregeling wordt opgenomen. Een bv hoeft dus niet meer besloten te zijn; desalniettemin handhaaft de Flexwet de naam 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' van deze rechtsvorm. Ook nieuw is de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat de overdraagbaarheid van de aandelen voor een bepaalde periode geheel wordt uitgesloten: de zogenaamde *lock-up*. De memorie van toelichting meldt in dit verband dat in het algemeen een termijn van vijf jaar in overeenstemming zal zijn met de redelijkheid en billijkheid, doch dat een langere termijn voor de hand ligt bij een onderneming waarin bij de start substantiële investeringen zijn vereist. 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.¹² Verder kan in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling worden opgenomen. Ten slotte is nieuw de regeling dat de rechter de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan verklaren onder meer in geval van executoriaal beslag en faillissement. De rechter kan hier slechts toe overgaan indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad.

12 MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 50-51.

Ook nieuw
is de
zogenaamde
lock-up

Bestuurders en commissarissen

De Flexwet maakt het mogelijk om bestuurders en commissarissen te laten benoemen, schorsen en ontslaan door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Vereist is wel dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de te benoeming, schorsing of ontslag van ten minste één bestuurder of commissaris. De hiervoor beschreven regeling geldt echter niet bij toepasselijkheid van het volledige structuurregime: alsdan geschiedt benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders door de raad van commissarissen. Ook voor de benoeming, schorsing en het ontslag van commissarissen bij een structuur-bv geldt altijd het structuurregime.

In het nieuwe artikel 2:239 lid 4 BW is de instructiebevoegdheid aanzienlijk aangescherpt. Vroeger moesten de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. Thans kunnen de instructies veel specifiekere zijn en dient het bestuur deze te volgen, tenzij ze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang of het belang van de door vennootschap gedreven onderneming.

Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders

Het oude artikel 2:192 BW bepaalde kortweg dat aan een aandeelhouder geen andere verplichting kon worden opgelegd dan de storting tot het nominale bedrag van

het aandeel. De Flexwet heeft dit artikel ingrijpend gewijzigd. Sinds 1 januari 2013 kunnen de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of een derde, of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden. Met de term 'verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard' wordt benadrukt dat verplichtingen die op aandeelhouders kunnen worden gelegd niet slechts van vennootschapsrechtelijke aard (zoals besluitvormingsregels en quorumvereisten) zijn, maar ook verplichtingen kunnen omvatten waarvan vroeger wel werd aangenomen dat die slechts in overeenkomsten tussen aandeelhouders of in overeenkomsten tussen aandeelhouders en derden konden worden vastgelegd.¹³ Bij verplichtingen tussen de vennootschap en haar aandeelhouders kan worden gedacht aan een verplichting van aandeelhouders om producten van de bv af te nemen, een verplichting voor aandeelhouders om af te zien van concurrentie met de bv of verplichtingen om op aandelen bij te storten (zelfs boven het nominale bedrag) of leningen aan de bv te verschaffen als zij extra vermogen nodig heeft. Bij verplichtingen tussen aandeelhouders kan het bijvoorbeeld gaan om *drag along* en *tag along* clauses of aan *put-* en *callopties*: bij dit soort clauses en opties moet of mag een aandeelhouder zijn aandelen tegen een bepaalde prijs aan andere aandeelhouders of derden verkopen of aandelen van andere aandeelhouders kopen. Ook kunnen er bij statuten eisen worden verbonden aan het aandeelhouderschap. Zo kan de eis worden gesteld dat men partij is bij een aandeelhoudersovereenkomst of de kwaliteitseis dat men bijvoorbeeld advocaat is.

Voor besluiten om aan aandeelhouders verplichtingen op te leggen of eisen te stellen, gelden op grond van de wet geen bijzondere vereisten. Tenzij de statuten anders bepalen, kunnen deze

13 Dit past in de trend van contractualisering van het vennootschapsrecht. Deze trend komt ook tot uitdrukking in jurisprudentie waarbij in bepaalde gevallen beperkte vennootschapsrechtelijke gevolgen aan aandeelhoudersovereenkomsten zijn toegekend. Zie voor het eerst: OK 20 mei 1999, *JOR* 2001/72 (Cromwilt-Versatel). Zie ook MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, nr. 3, p. 15 en 16.

besluiten met een gewone meerderheid worden genomen. Het verschil met andere besluiten is echter dat een in de statuten geïntroduceerde verplichting of eis een bestaande aandeelhouder niet tegen zijn wil kan worden opgelegd. Voor degenen die aandeelhouder worden nadat een dergelijke verplichting of eis reeds in de statuten is opgenomen, ligt dit anders. Een nieuwe aandeelhouder is verbonden aan de statuten zoals deze op het moment van zijn toetreding tot de bv gelden. Als een aandeelhouder duidelijk heeft aangegeven niet gebonden te willen zijn aan een nieuw opgelegde statutaire verplichting of eis, zou de gedachte kunnen opkomen dat zo'n aandeelhouder daarvan geen enkele last heeft. Zo lang de aandeelhouder zijn aandelen niet verkoopt, is dat juist. Echter, als hij zijn aandelen wil verkopen, wordt de verkrijgende aandeelhouder integraal gebonden door wat de statuten op het moment van verkrijging bepalen, inclusief de statutaire verplichtingen of eisen. Dat kan betekenen dat er heel moeilijk een koper voor de aandelen te vinden is. Artikel 2:192a BW bepaalt voor dergelijke gevallen dat wanneer de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is en ook de vennootschap geen gegadigden kan vinden die de werkelijke waarde wel wil betalen, uiteindelijk geldt dat de koper toch tegen het bedrag van de werkelijke waarde kan verkopen en de koper van de aandelen niet gebonden is aan de statutaire verplichting, de statutaire eis of de statutaire prijsbepalingsregeling. De bedoeling is dat aldus voldoende redelijke mogelijkheden zullen ontstaan voor een aandeelhouder om uit de vennootschap te treden.

Tot slot maakt de Flexwet het mogelijk in de statuten te bepalen dat zolang een aandeelhouder een statutaire verplichting niet nakomt of niet aan een statutaire eis voldoet, het stemrecht, het recht op uitkering of het vergaderrecht is opgeschort. Vervolgens komt de vraag op hoelang deze opschorting van rechten kan voortduren. Heeft een aandeelhouder die niet meer voldoet aan statutaire verplichtingen of eisen tevens de verplichting zijn aandelen aan te bieden, dan zal die procedure worden gevolgd om aldus aan de patstelling een einde te maken. Bestaat die aan-

biedingsplicht niet, dan bepaalt artikel 2:192 lid 4 BW dat de aandeelhouder wiens rechten zijn opgeschort zelf een einde kan maken aan deze patstelling door zijn aandelen aan te bieden en over te dragen volgens een regeling in de statuten. Als de vennootschap vervolgens niet binnen drie maanden na een verzoek van zo'n aandeelhouder gegadigden heeft aangewezen aan wie de aandelen kunnen worden overgedragen, vervalt de schorsing van de aandeelhoudersrechten.

Geschillenregeling

Het hiervoor genoemde artikel 2:192 BW biedt door zijn ruime strekking een goede basis voor een statutaire regeling van geschillen die tussen aandeelhouders

Zo kan
bijvoorbeeld
de kwaliteitseis
worden gesteld dat
men advocaat is

kunnen ontstaan. Voor het geval aandeelhouders niet meer met elkaar verder kunnen, voorzien de statuten dan in een gedwongen overdracht van aandelen (uitstoting) dan wel een gedwongen overname van aandelen (uittreding). Bij de vormgeving van zo'n vrijwillige statutaire geschillenregeling kan in principe van alle onderdelen van de hierna te bespreken wettelijke geschillenregeling worden afgeweken. Ook is het mogelijk in de statutaire geschillenregeling een arbitrageclausule op te nemen, alsmede de bepaling dat een geschil slechts in één instantie kan worden beslecht (dus zonder hoger beroep en cassatie, bijvoorbeeld uitsluitend door de Ondernemingskamer). Er bestaan twee uitzonderingen op de vrijheid van inrichting van een eigen statutaire geschillenregeling: ten eerste mag een overdracht van aandelen niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt (artikel 2:337

lid 1 BW); ten tweede mag de te betalen prijs volgens de vrijwillige geschillenregeling niet kennelijk onredelijk zijn (artikelen 2:340 lid 3 BW en 2:343 lid 2 BW).

Als in het geheel geen vrijwillige regeling voor het uittreden of uitstoten van aandeelhouders is overeengekomen en/of in de statuten is vastgelegd, kan altijd worden teruggevallen op de wettelijke geschillenregeling. Die regeling is in 1989 in Boek 2 BW geïntroduceerd, maar nooit erg populair geworden: er werd sinds 1989 hooguit één procedure per jaar op basis van de wettelijke geschillenregeling gevoerd. In de praktijk was de enquêteprocedure het belangrijkste instrument voor het oplossen van geschillen tussen aandeelhouders. De Flexwet bevat belangrijke verbeteringen van de wettelijke geschillenregeling. Tegelijkertijd heeft minister Opstelten tijdens de parlementaire behandeling van de Flexwet alweer het voornemen uitgesproken tot een bredere herziening van de geschillenregeling.¹⁴

De geschillenregeling was berucht om haar langdurige procedures. De Flexwet bespoedigt de procedure doordat zodra de uitstotings- of uittredingsvordering is toegewezen, direct deskundigen worden benoemd voor de waardering van de aandelen (artikel 2:339 BW). Ook kunnen aandelen thans tijdens de procedure worden overgedragen op grond van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, terwijl voorheen moest worden gewacht totdat het vonnis onherroepelijk werd (artikel 2:341 BW). Dit moment kon vroeger eindeloos worden gerekt door de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie.

Een andere verbetering van de geschillenregeling is de mogelijkheid om tegelijkertijd met een vordering tot uitstoting of uittreding een schadevergoedingsvordering in te stellen bij dezelfde rechter (artikel 2:336 lid 5 BW). Deze rechter kan een billijke verhoging van de prijs van de over te dragen aandelen toepassen indien aannemelijk is dat gedragingen de gedaagde of van anderen dan de gedaagde, hebben geleid tot een vermindering

¹⁴ Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 27 september 2011, Kamerstukken II, 2011-2012, 32 426, nr. 22.



van de waarde van de aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van de uittreedende aandeelhouder behoort te blijven (artikel 2:343 lid 4 BW). Nieuw is dat een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders in zijn rechten of belangen wordt geschaad, niet slechts van zijn medeaandeelhouders, maar tevens van de vennootschap kan vorderen dat zijn aandelen worden overgenomen. Aldus kan hij ook de koopprijs ontvangen uit de midde-len van de vennootschap. Tot slot heeft de Flexwet de zogenaamde flitsuittre-ding geïntroduceerd: een verzoekschriftpro-cedure die aandeelhouders kunnen instellen die het wel eens zijn over de overdracht van de aandelen, maar het niet eens kun-nen worden over de prijs van de aandelen. In deze procedure kan de rechter de knoop doorhakken over waarderingsvraagstuk-ken (artikel 2:343c BW).

Bestuur en toezicht

In de kroniek van vorig jaar schreef ik al over de Wet bestuur en toezicht.¹⁵ Inwer-kingtreding van deze wet wachtte nog op afronding van de reparatiewet gericht op verbetering van de regeling tot beperking van het aantal toezichthoudende func-ties dat een bestuurder of commissaris van grote nv's, bv's of stichtingen nog bekleedt. Inmiddels zijn de Wet bestuur en toezicht en de reparatiewet¹⁶ per 1 januari dit jaar ingevoerd.

¹⁵ Kroniek vennootschapsrecht 2011, *Advocatenblad* 13 januari 2012, p. 37-44. Zie met name p. 42-43.

¹⁶ Wet van 27 september 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Staatsblad* 2012, 440.

De oorspronkelijke wettekst bepaalde dat een persoon die toezichthouder is bij vijf of meer grote rechtspersonen geen commissaris kan zijn. Wat voormalig SP-Kamerlid Ewout Irrgang echter met zijn aangenomen amendement bedoelde, was dat iemand die bij vijf of meer *andere* grote rechtspersonen toezichthouder is, niet tot commissaris kan worden benoemd. Aldus is het eerste lid van de artikelen 2:142a/252a en 2:297b BW nu steeds gefor-muleerd. Een vergelijkbare verbetering is aangebracht in het eerste lid van de artike-len 2:132a/242a en 2:297a BW: tot bestuur-der kan niet worden benoemd een persoon die bij meer dan twee rechtspersonen een toezichthoudende functie heeft. Daarbij gold al dat een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt en dat een niet-uitvoerend bestuurder gelijkge-steld wordt met een toezichthouder.

In de reparatiewet is verduidelijkt dat de limitering van het aantal toezichthou-dende functies slechts geldt voor nv's, bv's en stichtingen die op twee opeenvolgende balansdata als groot kwalificeren.¹⁷ Daar-naast telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming. Ten slotte geldt de regeling voor de beperking van het aantal commissariaten wanneer de Ondernemingskamer bij onmiddellijke voorziening of eindvoorziening een tijde-lijke bestuurder of commissaris aanstelt.

Al met al is de nieuwe regeling ter beperking van het aantal toezichthouden-de functies nu aanzienlijk verduidelijkt en behoorlijk dichtgetimmerd. Er is nog een klein hiaat: de regel dat iemand met meer dan twee commissariaten bij grote rechts-personen niet tot bestuurder bij zulk een rechtspersoon kan worden benoemd is eenvoudig te omzeilen door in zijn plaats een door hem op te richten management-bv te benoemen. Tevens geldt de rege-ling niet voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en buitenlandse rechtspersonen.

Tot slot zij erop gewezen dat een besluit waarbij een bestuurder of toezichthouder in strijd met de regeling wordt benoemd, nietig is. Omdat dit tot grote rechtsonze-kerheid zou kunnen leiden, bepaalt de

¹⁷ Zie daarvoor artikel 2:397 BW.

reparatiewet nu dat de nietigheid van een benoeming op grond van de regeling geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan de betreffende bestuurder of toezichthouder heeft deelgenomen. Dit is een praktische maar dogmatisch vreemde oplossing. Denkbaar is dat een persoon in strijd met de regeling wordt benoemd als bestuurder en als zodanig wordt ingeschreven in het handelsregister. Hij kan dan de rechtspersoon binden maar is zelf op geen enkele wijze gebonden aan de regels die voor bestuurders gelden zoals die omtrent aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW): immers in formele zin is hij geen bestuurder.

Aanpassing enquêterecht

Op 1 januari jongstleden is de wet tot aanpassing van het recht van enquête in werking getreden.¹⁸ De nieuwe wet verhoogt de drempel voor kapitaalverschaffers bij grote nv's en bv's om een enquêteverzoek te doen. Voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal van 22,5 miljoen euro of meer gelden nieuwe drempels: 1 procent van het geplaatste kapitaal of 20 miljoen euro beurswaarde (indien de aandelen of certificaten van aandelen in of buiten Nederland verhandeld worden op een gereglementeerde markt of op een multilaterale handelsfaciliteit). Voor nv's en bv's met een geplaatst kapitaal van maximaal 22,5 miljoen euro zijn de oude ontvankelijkheidsdrempels gehandhaafd: de verzoeker moet 10 procent van het geplaatste kapitaal verschaffen of 225.000 euro nominaal aandelenkapitaal. Nieuw is ook dat de statuten van alle aan het enquêterecht onderworpen rechtspersonen kunnen bepalen dat de grenzen voor ontvankelijkheid lager liggen dan de wettelijke.¹⁹

Een belangrijke wijziging is dat de rechtspersoon het recht krijgt een enquête-

teprocedure bij zichzelf te starten. De wetgever had hierbij het volgende voor ogen: indien aandeelhouders de mogelijkheid hebben om de ondernemingskamer te benaderen voor het treffen van door hen gewenste maatregelen in verband met hun kritiek op het beleid van het bestuur of de raad van commissarissen, dan dienen de laatstgenoemden ook de mogelijkheid te hebben om in hun ogen onwenselijke gedrag van die aandeelhouders door de ondernemingskamer te laten toetsen.²⁰ Het gebruik van deze nieuwe bevoegdheid is evenwel niet beperkt tot geschillen met aandeelhouders. Denkbaar is dat een raad van commissarissen namens de vennootschap een verzoek aan de ondernemingskamer doet teneinde het beleid van de directie te laten toetsen. Een andere mogelijkheid is dat het bestuur van een stichting het enquêtemiddel gebruikt vanwege een verschil van inzicht met de raad van toezicht of moeilijkheden in de verhouding tot de ondernemingsraad.

Volgens de nieuwe wet kan het enquêteverzoek ook worden gedaan door de faillissementscurator. Verder zijn procedurele regels in overeenstemming gebracht met de bestaande praktijk en rechtspraak. Zo is de mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet meer losgekoppeld van het enquêteverzoek: in geval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien er naar het voorlopige oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. De ondernemingskamer beslist daarna binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek, aldus art. 2:349a BW.

Wet corporate governance

Een advies uit 2007 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code onder voorzitterschap van Frijns is de basis van –wat in de wandeling is gaan heten– de Wet corporate governance²¹:

deze wet zal op 1 juli 2013 in werking treden. De nieuwe wet wijzigt de drempel voor het in 2004 geïntroduceerde agenderingsrecht van aandeelhouders in nv's. Thans heeft een houder van ten minste 1 procent van het geplaatste kapitaal of een aandelenpakket met een beurswaarde van ten minste 50 miljoen euro het recht om onderwerpen op de agenda voor de algemene vergadering te doen plaatsen. De nieuwe wet verhoogt de drempel voor het uitoefenen van het agenderingsrecht van 1 procent naar 3 procent en schaft het alternatieve beurswaardecriterium af. Ook na inwerkingtreding van de wet kan in de statuten voor een lager percentage dan het wettelijke percentage worden gekozen.²² Wordt thans in de statuten voor het agenderingsrecht kortweg verwezen naar de wet, dan geldt per 1 juli dit jaar het percentage van 3. Veelal is in de statuten evenwel de huidige wettekst van artikel 2:114a BW overgenomen. Dan is een statutenwijziging noodzakelijk om de drempel van 3 procent door te voeren.

De laagste drempel voor het melden van zeggenschap in een beurs-nv is thans 5 procent van het geplaatst kapitaal of van de stemrechten in de algemene vergadering.²³ De nieuwe wet verlaagt de eerste drempel naar 3 procent. Dankzij een op het alleraatste moment ingediend amendement van het CDA Kamerlid Elly Blanksma–Van den Heuvel²⁴ wordt een wettelijke meldingsplicht voor beleggers geïntroduceerd die een substantiële bruto *shortpositie* hebben (negatief economisch belang van meer dan enige drempelwaarde): zij moeten bij over- of onderschrijding van de drempels daarvan melding doen bij de AFM. De drempelwaardes zijn dezelfde als die voor het melden van substantiële belangen in aandelen of stemrechten (zogenaamde *longposities*).

Tot slot bevat de nieuwe wet een regeling voor identificatie van aandeelhouders in Nederlandse beursvennootschappen.

18 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het burgerlijk wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, Staatsblad 2012, 274

19 Zie het slot van onderdelen a, b en c van het eerste lid van artikel 2:346 BW.

20 Zie memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2010–2011, 32887, nr. 3, p.15.

21 Zie Wet van 15 november 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal

effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007, Staatsblad 2012, 588.

22 Zie 2: 114a lid 3 BW. In de nieuwe wet wordt de tekst van dit derde lid toegevoegd aan het eerste lid.

23 Zie art. 5:38 en 5:39 Wft

24 Kamerstukken II, 2011–2012, 32014, nr.34

Alleen bewaarbanken en andere intermediairs die onder de reikwijdte van de Wet giraal effectenverkeer vallen, zijn verplicht om aan de identificatieregeling mee te werken. Omdat dit slechts een deel van de veelal internationale keten van intermediairs betreft die de beursvennootschap van haar aandeelhouders scheidt, is het maar de vraag of de Nederlandse identificatieregeling in de praktijk zal gaan werken.

Bonussen

Op 18 december 2012 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers²⁵ aangenomen. Ten eerste verplicht het wetsvoorstel open nv's jaarlijks de door bestuurders genoten beloning te bespreken op de algemene ledenvergadering. Ten tweede geeft het wetsvoorstel het met de beloning van bestuurders belaste orgaan de bevoegdheid de hoogte daarvan bij te stellen of de bonus terug te vorderen. Dit kan 1) indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, 2) voor zover uitkering van de bonus heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie en 3) ingeval van -(te) kort samengevat- *change of control*-situaties.²⁶ De voorgestelde regeling voor aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders geldt voor nv's en financiële ondernemingen in de zin van de Wft.

Centraal aandeelhoudersregister

Naar aanleiding van een initiatiefnota van de PvdA Tweede Kamerleden Ed Groot en Jeroen Recourt heeft het kabinet onlangs besloten dat een centraal register zal worden ingesteld voor aandeelhouders in bv's en niet-beursgenoteerde nv's.²⁷ Groot en Recourt hadden tevens voorgesteld een notariële akte voor de overdracht van certificaten verplicht te stellen. Dit voorstel is niet overgenomen. Tot slot hadden genoemde Kamerleden voorgesteld om aandelen aan toonder bij niet-beursgeno-

teerde vennootschappen op naam van de eigenaar te zetten. Alvorens te beslissen over afschaffing van toonderaandelen wil het kabinet eerst de uitkomsten van nader onderzoek afwachten.

Slot

Het afgelopen jaar is een groot aantal wetgevingstrajecten afgerond. Per saldo is het vennootschapsrecht daardoor belangrijk verbeterd. Met name de nieuwe regeling voor de bv's is een zegen voor de praktijk. Advocaten kunnen al hun creativiteit kwijt bij het formuleren van samenwerkingsafspraken tussen aandeelhouders in bv's. Zij worden daarbij nauwelijks meer beperkt door dwingendrechtelijke regels van boek 2 BW.

Genoemde wetgevingstrajecten zijn enigszins ontsierd door matig geformuleerde of slecht doordachte amendementen die desalniettemin werden aanvaard door de Tweede Kamer.²⁸ Dat verklaart wellicht waarom er de laatste tijd weinig roep is onder vennootschapsrechtjuristen naar nieuwe wetgeving.

25 Kamerstukken I, 2012-2013, 32512, A

26 Zie voor een preciezere omschrijving van de *change of control*-situaties: het voorgestelde art. 2:135 lid 7 BW dat overigens per 1 juli 2017 weer zal vervallen (zie art. IV van het wetsvoorstel)

27 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 december 2012, Kamerstukken II, 2012-2013, 32608, nr. 4

28 Denk bijvoorbeeld aan de amendementen die hebben geleid tot de beperking van het aantal toezichthoudende functies en de mogelijkheid tot terugvordering van bonussen in *change of control*-situaties.

Literatuurlijst

Meer lezen over de ontwikkelingen in het vennootschapsrecht?

Zie over de Flexwet het themanummer van Ondernemingsrecht van 16 oktober 2012 (aflevering 14) en in het bijzonder:

- M. Cremers, Hoe flexibiliseer je een BV?, *Ondernemingsrecht* 2012/114.
- J.A.M. ten Berg, (Af)stemming in de Flex-BV, *Ondernemingsrecht* 2012/115.
- H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders, *Ondernemingsrecht* 2012/116.

- H. Beckman, De uitkeringstoets, *Ondernemingsrecht* 2012/117.
- H.J.M.M. van Boxel, (In)flexibiliteit over de grens, *Ondernemingsrecht* 2012/118.

Zie over de Wet bestuur en toezicht het themanummer van Ondernemingsrecht van 11 september 2012 (aflevering 12) en in het bijzonder:

- M. van Ginneken, Bestuur en toezicht, *Ondernemingsrecht* 2012/88.
- M. van Olffen, Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten, *Ondernemingsrecht* 2012/89.
- S.H.M.A. Dumoulin, Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk, *Ondernemingsrecht* 2012/90.

- D.A.M.H.W. Strik, One tier board en aansprakelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2012/91.
- R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, *Ondernemingsrecht* 2012/92.
- M. Lückcrath-Rovers, Ongeschreven regels of wetgeving? Het onderschatte belang van de zelfevaluatie voor bestuur en toezicht, *Ondernemingsrecht* 2012/93.

Zie omtrent de Flexwet en de Wet bestuur en toezicht voorts:

- J.D.M. Schoonbrood, Overgangsrecht Wet en vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht, *WPNR* 2012 (6933), p. 423-437.