

Wetsvoorstel flexibilisering BV-recht; de laatste stand van zaken

Mr. F. van der Steenstraten *

Inleiding

Het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht is op 15 december jl. door de Tweede Kamer aangenomen. Sinds de indiening van het wetsvoorstel op 31 mei 2007 zijn er twee nota's van wijziging en elf amendementen ingediend, waarvan drie amendementen weer nader zijn gewijzigd. De meeste amendementen zijn kort voor, of zelfs tijdens, de parlementaire behandeling ingediend of gewijzigd. Het lijkt erop dat als gevolg hiervan sommige amendementen minder goed zijn doordacht en uitgewerkt.

In deze bijdrage signaleer ik de aangenomen amendementen, waarbij de focus ligt op de amendementen die in de praktijk waarschijnlijk de meeste impact zullen hebben.

Amendementen

Nader gewijzigd amendement over bestuursgoedkeuring voor het doen van uitkeringen – artikel 2:216 BW

Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht is het afschaffen van het systeem van kapitaalbescherming, waaronder het minimum kapitaal vereiste. In plaats daarvan werd in het oorspronkelijke wetsvoorstel gekozen voor een systeem dat uitgang van aansprakelijkheid van betrokken personen (en dan met name bestuurders) voor eventuele tekorten. Aanvankelijk bevatte het wetsvoorstel dan ook een goedkeuringregeling door het bestuur voor het doen van uitkeringen aan aandeelhouders. Bij ontbreken van goedkeuring zouden de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Mede onder druk van het bedrijfsleven werden deze goedkeuringregeling en de daaraan gekoppelde bestuurdersaansprakelijkheid in de tweede nota van wijziging geschrapt. Argument hiervoor was dat de goedkeuringsbevoegdheid zou leiden tot een uitbreiding van de formele taken van de bestuurders en daarmee tot de mogelijkheid om voor die taken aansprakelijk te worden gesteld. Volgens de nota van wijziging zou de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de bestuurders vorm moeten krijgen in het kader van hun raadgevende stem in de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders over een uitkering. Indien de bestuurders weten of behoren te weten dat de vennootschap door het doen van een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden, dan zullen zij de algemene vergadering moeten waarschuwen. Indien de algemene vergadering ondanks de waarschuwing van het bestuur het

uitkeringsbesluit toch neemt, dan hebben de bestuurders in beginsel hun taak behoorlijk vervuld; aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW komt dan niet aan de orde.

Deze oplossing, die enigszins op twee gedachten leek te hinken – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid werden geschrapt, maar bleven via de achterdeur van de raadgevende stem toch bestaan – werd over het algemeen niet positief ontvangen.¹ Als reactie op de tweede nota van wijziging is er dan ook een nader amendement ingediend om deze wijziging weer ongedaan te maken en terug te gaan naar de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel. Dit amendement, dat mede beoogt om duidelijkheid te scheppen, is met grote meerderheid aangenomen. Na inwerkingtreding van de nieuwe wet behoeven uitkeringen aan aandeelhouders dus goedkeuring van het bestuur. Bestuurders worden daarmee aansprakelijk voor een eventueel tekort als gevolg van onverantwoorde uitkeringen.

Amendement over goedkeuring houders van aandelen indien een statutenwijziging afbreuk doet aan specifiek aan hen toegekende rechten – artikel 2:231 BW

Het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht voorziet in de mogelijkheid om aandelen zonder stemrecht uit te geven. Aan deze stemrechtloze aandelen is een recht op uitkeringen verbonden. Daarnaast kunnen er aan stemrechtloze of stemrecht hebbende aandelen van een bepaalde soort of aanduiding specifieke zeggenschapsrechten zijn verbonden, zoals voordrachtsrechten, benoemingsrechten of goedkeuringsrechten.

Ter bescherming van aan stemrechtloze aandelen verbonden rechten was in het oorspronkelijke wetsvoorstel aan de houders van deze aandelen een vetorecht toebedeeld ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging waarbij hun rechten werden aangetast. Deze bescherming ging echter te ver in vergelijking met stemrecht hebbende aandeelhouders, omdat die geen soortgelijk vetorecht kregen. Daarom werd de stemrechtloze aandeelhouders dit vetorecht bij nota van wijziging weer ontnomen.²

Ook deze regeling werd echter weer onwenselijk geacht, omdat die de stemrechtloze aandeelhouders onvoldoende bescherming bood tegen besluiten tot statutenwijziging waarin afbreuk wordt

* Mr. F. van der Steenstraten is advocaat bij Clifford Chance te Londen. Met dank aan mr. J.A. Lazell voor haar research.

1. Zie M.L. Lennarts & H.E. Boschma, Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournure van de wetgever, *WPNR* (2009) 6791, p. 227-229.
2. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 11.

gedaan aan de aan hen toegekende rechten.³ Het nu aangenomen amendement voorziet erin dat een goedkeurend besluit nodig is van de houders van de desbetreffende aandelen indien de statutenwijziging specifiek de aan hen toegekende rechten aantast. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de statuten specifieke rechten toekennen aan alleen de stemrechtloze aandelen en die rechten ten gevolge van een statutenwijziging worden ontnomen. Maar het geldt ook voor stemrechthebbende houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding aan wie specifieke rechten zijn toegekend (bijvoorbeeld een benoemingsrecht).

Het aangenomen amendement roept de nodige vragen op: wat gebeurt er bijvoorbeeld in het geval van een statutenwijziging die afbreuk doet aan een specifiek recht dat is toegekend aan de houders van stemrechtloze aandelen én aan stemrechthebbende aandeelhouders van een bepaalde soort? Dienen zij gezamenlijk een goedkeurend besluit te nemen of is de goedkeuring vereist van zowel de algemene vergadering van houders van stemrechtloze aandelen als de algemene vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort? Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om op al deze mogelijke vragen en gevolgen in te gaan.

(Gewijzigde) amendementen over wijziging regeling inzake bindende voordrachten – artikel 2:243/2:252 BW

De huidige wettelijke regeling betreffende de bindende voordracht bij benoeming van bestuurders en commissarissen houdt in dat de voordracht uit minimaal twee personen dient te bestaan. In de praktijk is deze regeling makkelijk te omzeilen door de kandidaat die de voorkeur heeft, als nummer één op de lijst te plaatsen en een niet-serieuze kandidaat als nummer twee. Tenzij de voordracht wordt doorbroken, vindt er een stemming plaats tussen kandidaat één en twee, waarbij nummer één logischerwijs wordt benoemd. Het wetsvoorstel is de praktijk tegemoetgekomen door het vereiste van minimaal twee kandidaten te schrappen. Men kan voortaan volstaan met één kandidaat.

De amendementen die in dit kader zijn ingediend, beogen het wetsvoorstel te verduidelijken. De oorspronkelijke tekst van het gewijzigde artikel 2:243 lid 2 BW in het wetsvoorstel bepaalde dat indien de voordracht met één kandidaat niet is doorbroken, deze als benoemd geldt 'mits aan de vereisten voor een besluit tot benoeming is voldaan'. Deze laatste zinsnede zou in de praktijk onnodige complicaties kunnen veroorzaken; stel bijvoorbeeld dat conform de in het wetsvoorstel voorgestelde regeling, de voordracht is opgesteld met één kandidaat en dat daarbij voor het doorbreken van de voordracht twee derde van de stemmen geldt. Indien de voordracht niet wordt doorbroken omdat een derde plus één tegen het doorbreken van de voordracht is, dan is het reëel dat de voorgedragen kandidaat als benoemd geldt. Volgens het wetsvoorstel zou dan eerst moeten worden gezien of aan de voorwaarden voor een 'gewone' benoeming voldaan is, voor zover die verschillen met het besluit over bindende voor-

dracht. Mocht dat niet zo zijn, dan zou er nog een 'gewone' benoeming moeten plaatsvinden met het risico dat de kandidaat alsnog wordt afgewezen. Deze zinsnede leidt mogelijk dan ook tot omslachtige en overbodige procedures en is als gevolg van het aannemen van het relevante amendement geschrapt.

Het tweede aangenomen amendement dat relevant is in dit verband, zorgt voor het schrappen van de regeling in het oorspronkelijke wetsvoorstel met betrekking tot doorbreking van de bindende voordracht. Deze voorgestelde regeling hield in dat indien de bindende voordracht werd doorbroken, de algemene vergadering van aandeelhouders een nieuwe voordracht zou kunnen vragen aan degene aan wie het voordrachtsrecht toekomt. Deze bepaling zou opnieuw kunnen leiden tot overbodige procedures en lijkt de indruk te wekken dat na het doorbreken van een bindende voordracht de algemene vergadering niet rechtstreeks over mag gaan tot benoeming van een alternatieve kandidaat, maar eerst terug moet gaan naar degene die de oorspronkelijke kandidaat heeft aangewezen. De Tweede Kamer heeft dit onwenselijk geacht.

Tot slot in dit verband het amendement dat zorgt voor een uitbreiding van de bindende voordrachtsregeling naar de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. In het wetsvoorstel zou onvoldoende rekening worden gehouden met de mogelijkheid om bestuurders of commissarissen te laten benoemen door een vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding, en het amendement voorziet hierin.

Amendement over de bevoegdheid van een vennootschap tot het aanbieden en leveren van aandelen tijdens faillissement van de aandeelhouder of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen – artikel 2:192 BW

Volgens het ingediende wetsvoorstel kunnen de statuten van een vennootschap bepalen dat de vennootschap onherroepelijk is gemachtigd tot overdracht van aandelen wanneer daartoe een statutaire verplichting bestaat. Deze onherroepelijke volmacht eindigt niet door het faillissement van of het van toepassing worden van de schuldsanering (in het geval van een natuurlijke persoon) op die aandeelhouder. In de literatuur bestaat discussie of de vennootschap de aandelen wel kan overdragen in het geval van faillissement van de aandeelhouder, omdat de aandeelhouder daarmee beschikkingsonbevoegd is geworden.

Het amendement beoogt op dit punt opheldering te geven door te bepalen dat de vennootschap ook tijdens het faillissement van de aandeelhouder of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling bevoegd is tot het aanbieden en leveren van de aandelen. Het laat in het midden of hiervoor ook de medewerking van de curator vereist is. De toelichting op de vijfde nota van wijziging bij de invoeringwet wetsvoorstel personenvennootschappen lijkt erop te duiden dat dit niet de bedoeling is geweest van de wetgever; deze zegt dat

3. W.J.M. van Veen, Gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp flex-BV, WPNR (2009) 6801, p. 467-473.

de term 'bevoegd' tweeledig uitgelegd zou moeten worden: 'vertegenwoordigingsbevoegd' en 'beschikkingsbevoegd'.⁴ Het zou echter mooi zijn geweest als de tekst van de wet expliciet zou bepalen dat geen medewerking van de curator vereist is, of als de minister dit bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer alsnog verduidelijkt.

Amendement als aanvulling op de bepaling die tegenstrijdig belang tegengaat (bevrozing waarde aandelen bestuurders) – artikel 2:129 BW

Dit amendement werd eerder tijdens de behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht afgewezen, maar is bij de behandeling van het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht opnieuw ingediend en werd toen wel aangenomen. Elders in deze uitgave wordt dit amendement uitgebreid behandeld door Van den Ende. Ik zal daarom volstaan met een beknopte weergave van de inhoud.

Kort gezegd houdt het amendement in dat wanneer een openbaar bod op een NV wordt aangekondigd of wanneer bekendgemaakt wordt dat een genoteerde vennootschap een besluit heeft genomen als bedoeld in artikel 2:107a lid 1 onder a, b of c BW, de waardevermeerdering van de door bestuurders gehouden aandelen of opties dient te worden vastgesteld. Dit wordt bepaald aan de hand van (1) de waarde van hun aandelen vier weken vóór de aankondiging van het openbaar bod dan wel het nemen van het 2:107a-besluit, en (2) de waarde van diezelfde effecten vier weken na de afronding van het bod dan wel het nemen van het 2:107a-besluit. Een eventuele waardevermeerdering dienen de bestuurders aan de vennootschap af te dragen.

Amendement ter beperking van het maximumaantal functies dat een bestuurder mag bekleden – artikel 2:132a/2:142a/2:242a/2:252a/2:297a/2:297b BW

Dit amendement werd al aangenomen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht, maar kwam in een gerectificeerde vorm opnieuw aan bod tijdens de behandeling van het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht.⁵ Ik zal opnieuw volstaan met een korte weergave van de inhoud van het amendement, omdat Van den Ende dit amendement eveneens in detail bespreekt in haar bijdrage elders in deze uitgave.

Het amendement bepaalt dat bestuurders en commissarissen van vennootschappen (en stichtingen) van een bepaalde omvang slechts een beperkt aantal nevenfuncties mogen hebben. Het betreft hier bestuurders van vennootschappen en stichtingen die aan ten minste twee van de drie in artikel 2:397 BW genoemde criteria voldoen. Voor deze bestuurders geldt dat zij naast hun huidige bestuursfunctie maximaal twee toezichthoudende functies mogen vervullen in andere grote vennootschappen. Voor commissarissen geldt een maximum van vijf additionele toezichthoudende functies.

*Amendement over afkooprecht voor
lijfrentespaarrekeningen en*

lijfrentebeleggingsrecht – artikel 7:978/7:986 BW

Dit amendement betreft een wijziging van enkele verzekeringsrechtelijke bepalingen in Boek 7 BW en zal in deze bijdrage verder niet worden besproken.

Slotopmerkingen

Het wetsvoorstel, inclusief de aangenomen amendementen, gaat nu voor goedkeuring naar de Eerste Kamer. Het zou mooi zijn als zij kritisch naar de aangenomen en afgewezen amendementen kijkt om te zien of er hier en daar niet verder aan geschaafd moet worden. Daarnaast is het wachten op de invoeringswet BV-recht, die de minister begin 2010 hoopt in te kunnen dienen, en die met name interessant is in verband met de afschaffing van artikel 2:204c BW (*nachgründung*) en (mogelijk) artikel 2:207c BW (*financial assistance*).⁶

Hoewel het hele traject van flexibilisering van het Nederlandse BV-recht al veel tijd in beslag heeft genomen, is het wetsvoorstel echter dermate ingrijpend dat het belangrijk is dat er in deze laatste fase voldoende aandacht aan besteed blijft worden.

4. Kamerstukken II 2009/10, 31 065, nr. 17, p. 2.

5. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 20.

6. P.J. Dortmond, M.J. Kroeze & R.G.J. Nowak, De aangenomen amendementen bij de wetsvoorstellen bestuur en toezicht, flexibilisering bv-recht, spreekrecht OR, uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn en invoeringswet titel 7.13 BW, Ondernemingsrecht 2010/9.