

De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans

Mr. drs. G. Koeman*

Inleiding

Op 31 mei 2007 werd bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht' ingediend,¹ laatstelijk aangepast bij tweede nota van wijziging op 3 februari 2009² (hierna: het Wetsvoorstel). Dit wetsvoorstel voorziet in een grondige herziening van het BV-recht, voornamelijk door het schrappen van een groot aantal dwingendrechtelijke bepalingen en het creëren van de mogelijkheid om bij andere bepalingen in de statuten van het dwingendrechtelijke uitgangspunt af te wijken. Het doel is om de inrichting van de BV flexibeler te maken en daarmee de mogelijkheid te creëren om de BV in te richten overeenkomstig de aard van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming.³ Deze ontwikkeling maakt deel uit van een herzieningsgolf in het ondernemingsrecht en moet ervoor zorgen dat de BV een aantrekkelijke rechtsvorm blijft voor nationale en internationale bedrijven.

Een van de punten die bij de herziening aan de orde is gekomen, is de orgaanstructuur van de BV. Het huidige Boek 2 BW gaat uit van een duale structuur. Dit wil zeggen dat de BV in ieder geval een *bestuur* (art. 2:239 BW) en een *algemene vergadering* (art. 2:217 BW) heeft. Het Wetsvoorstel bevat ten aanzien van de orgaanstructuur geen nieuwe regeling, ondanks verscheidene oproepen uit de (juridische) praktijk om de dwingendrechtelijke duale structuur los te laten.

Deze bijdrage gaat in op de vraag waarom in het Wetsvoorstel wordt vastgehouden aan de duale structuur en of daarmee niet een kans wordt gemist te komen tot de introductie van een innovatief Nederlands vennootschapsmodel: de aandeelhouder-bestuurde BV.

Huidig recht

Duale structuur

De duale orgaanstructuur houdt in dat er een formele scheiding wordt aangebracht tussen de eigenaren van de vennootschap en het bestuur van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming (de zogenoemde *separation of ownership and*

control).⁴ Concreet gezien betekent dit dat het bestuur belast is met het besturen (en daarmee het vertegenwoordigen) van de vennootschap en dat alle bevoegdheden die niet aan het bestuur of anderen zijn toegekend, toekomen aan de eigenaren van de onderneming in de juridische gedaante van de algemene vergadering.

Dogmatiek

Een belangrijk dogmatisch uitgangspunt bij de scheiding tussen bestuur en eigendom is dat de aandeelhouder, als economisch gerechtigde tot de winsten van de onderneming, primair zijn eigen belang zou dienen. De BV is immers veelal slechts een instrument voor de aandeelhouder om een economisch voordeel te realiseren. Het bestuur van de vennootschap daarentegen is gehouden de belangen van alle *stakeholders* (zoals werknemers, crediteuren en andere belanghebbenden) af te wegen bij de uitvoering van zijn taak; het dient zich te richten naar het vennootschappelijk belang. Het wettelijk voorschrijven van een afzonderlijk bestuursorgaan naast de algemene vergadering bevordert volgens de minister dat dit bestuursorgaan een zelfstandige belangenafweging kan maken, waarbij meer dan alleen de belangen van de aandeelhouders worden meegewogen.⁵ Ik kom hier later nog op terug.

Bezwaren tegen duale structuur

Praktijk

De wettelijk voorgeschreven duale structuur wordt in de praktijk door veel BV's als lastig ervaren.⁶ Dit geldt voor de eenpersoons-BV's, maar vooral ook voor de concern-, samenwerkings- en joint venture-BV's (gezamenlijk hierna: de Persoonsgebonden BV), nu bij dergelijke vennootschappen de aandeelhouder(s) in verregaande mate betrokken is (zijn) bij het bestuur en de strategie van de vennootschap.⁷ De algemene vergadering en het bestuur vormen bij deze BV's zelfs vaak een personele unie. De wettelijk voorgeschreven duale bestuursstructuur is derhalve bij de Persoonsgebonden BV feitelijk niet aanwezig. Nu de *separation of ownership and control* hier feitelijk ontbreekt, is de duale

* Mr. drs. G. Koeman is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance.

1. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 1.

2. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 8.

3. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1.

4. Pitlo/Raaijmakers, Ondernemingsrecht deel 2, Deventer: Kluwer 2006, p. 316.

5. Voorontwerp Wetsvoorstel, Toelichting bij Eerste Tranche, p. 19, in: F.J.P. van den Ingh & R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 193-196.

6. Rapport van de commissie-De Kluiver, in: Van den Ingh & Nowak 2006, p. 193-196; Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10.

7. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10.

structuur gekunsteld en functioneel onnodig.⁸ Bovendien zijn voor de Persoonsgebonden BV de regels betreffende benoeming en ontslag van bestuurders nodeloos complicerend en inefficiënt. Deze regels en de regels betreffende de bevoegdheden van het bestuur en de algemene vergadering dienen volgens de wet echter ook in dit type vennootschap onverkort te worden nageleefd.

Ook het Wetsvoorstel gaat uit van deze *one size fits all*-gedachte. Hiermee wordt ten aanzien van de orgaanstructuur gekozen voor een behoudende en 'institutionele' benadering, die in hoofdzaak gericht is op de vennootschap met een brede(re) groep van op afstand staande aandeelhouders.⁹ De wetgever had mijns inziens meer gevolg moeten geven aan het feit dat het grootste gedeelte van de BV's bestaat uit Persoonsgebonden BV's, waarbij aandeelhouders en bestuurders (feitelijk) dezelfde personen zijn.¹⁰ De duale structuur leidt in de praktijk zodoende in veel gevallen tot een fictief machtsevenwicht, wat mij vanuit juridisch perspectief onzuiver voorkomt.

Concurrentiepositie

Naast voornoemde bezwaren maakt het voorschrijven van een duale structuur dat de Flex-BV al vóór haar invoering achterloopt bij een aantal andere Europese rechtsvormen, zoals de Engelse LLP (*limited liability partnership*) en de Franse S.A.S. (*société anonyme simplifiée*), waar een bestuurloze vennootschap wél tot de mogelijkheden behoort. Dit is onwenselijk in het licht van de concurrentie tussen de verschillende Europese vennootschapssystemen, die in de hand gewerkt is door jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.¹¹ Temeer omdat de wetgever heeft aangegeven dat bij de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht de Europese concurrentiepositie juist een prominente rol speelt.¹²

Het Wetsvoorstel

De bezwaren tegen de duale structuur zoals voorgeschreven in het huidige BV-recht, zijn in enige mate door de minister onderkend. In dat kader bevat het Wetsvoorstel onder meer (1) een vereenvoudiging van besluitvorming buiten vergadering (art. 2:238 lid 1 Wetsvoorstel), (2) de bepaling dat indien alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, de jaarrekening ook door ondertekening door alle bestuurders kan worden vastgesteld (art. 2:238 lid 3 Wetsvoorstel), en (3) de bepaling dat bestuurders benoemd kunnen worden door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (art. 2:242 Wetsvoorstel). De vraag is echter: gaat het wetsvoorstel daarmee wel ver genoeg?

8. Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 205-206.

9. Commentaar van VNO-NCW d.d. 24 maart 2005 op het consultatiedocument 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht eerste tranche'; Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 208.

10. Zie ook F.J. Oranje, De Flex-BV: orgaanstructuur en bevoegdheden, Juridische berichten voor het notariaat 2008, nr. 32.

11. HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, Jur. 1999, p. I-1459, NJ 2000, 48 (Centros); HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, Jur. 2002, p. I-9919, NJ 2003, 58 (Überseering); HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, PbEU 2003, C-275/17, JOR 2003, 249 (Inspire Art).

12. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1.

De aandeelhouder-bestuurde BV

Begripsomschrijving

Versillende auteurs hebben reeds het idee geopperd van een BV met een vereenvoudigd bestuursstelsel. Een veelbesproken mogelijkheid hiertoe zou zijn om af te zien van het bestuur als een apart wettelijk verplicht orgaan. De wijze waarop de vennootschap wordt bestuurd, zou in dat geval door de aandeelhouders kunnen worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst, waarbij alle aandeelhouders en de vennootschap partij zijn.¹³ Ook zou kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid om de wijze waarop de onderneming wordt bestuurd, in de statuten vast te leggen. Bij een dergelijke 'bestuurloze' vennootschap treedt (treden) de aandeelhouder(s) als het ware in de plaats van het bestuur, en ontstaat een zogenoemde aandeelhouder-bestuurde BV.

De idee van een aandeelhouder-bestuurde rechtsvorm is overigens geen puur theoretische exercitie. Het Nederlands Antilliaanse BV-recht, dat veel gemeen heeft met het Nederlandse recht, kent sinds 1 maart 2004 al een aandeelhouder-bestuurde BV.¹⁴ De invoering van deze vennootschapsvorm aldaar is in belangrijke mate geïnspireerd op dezelfde praktische bezwaren bij de duale structuur als hier eerder genoemd, nu ook bij het overgrote merendeel van de Antilliaanse BV's weinig behoefte bestond aan formaliteiten met betrekking tot met name de benoeming en het ontslag van bestuurders en het houden van separate bestuursvergaderingen.¹⁵ Ook bij de Amerikaanse LLC en LLP, de Franse S.A.S. en de Engelse LLP gaan het bestuur en de algemene vergadering op in één orgaan.¹⁶ De wettelijk voorgeschreven duale orgaanstructuur zoals we die in Nederland kennen, is dientengevolge niet zonder meer vanzelfsprekend.¹⁷ Een regeling waarbij alle bevoegdheden aan de aandeelhoudersvergadering toekomen, zou dan ook goed in de wet toegelaten kunnen worden.¹⁸

De aandeelhouder-bestuurde BV zou in het gamma van vennootschapsvormen zijn te plaatsen tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap. De aandeelhouder-bestuurde BV, als lichte variant van de gewone BV, combineert immers de mogelijkheid dat de aandeelhouder(s) het bestuur op zich neemt (nemen), vergelijkbaar met de vennoot in een personenvennootschap, terwijl de beperkte aansprakelijkheid die de kapitaalvennootschap kenmerkt, tevens op deze aandeelhouder(s)

13. Rapport van de commissie-De Kluiver, in: Van den Ingh & Nowak 2006, p. 193-196.

14. K. Frieling, Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht, Deventer: Kluwer 2006.

15. P. van Schilfgeaarde, Hoofdlijnen van het nieuwe Antilliaanse NV- en BV-recht, in: Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 8.

16. H.J. de Kluiver, Het nieuwe BV-recht voor de praktijk, WPNR (2008) 6768, p. 687.

17. F.J. Oranje, Orgaanstructuur en bevoegdheden, in: B.F.P. Lhoëst & N.J.M. Sjerps (red.), Het nieuwe BV-recht voor de praktijk – KNB preadvies 2008, Den Haag: Sdu Juridisch 2008.

18. L. Timmerman, Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersvergadering, Ondernemingsrecht 2004/1, nr. 8.

van toepassing is. Hiermee zou de grens tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap (verder) worden genuanceerd, zoals al lange tijd bepleit door Raaijmakers.¹⁹ Indien de aandeelhouder-bestuurde BV ook nog fiscaal transparant zou zijn, dan zou deze rechtsvorm zelfs als een ontbrekende schakel in ons vennootschapsrecht kunnen worden aangemerkt, waarmee voorzien zou kunnen worden in de leemte die bestaat tussen de kapitaalvennootschap en de personenvennootschap. Dit zou met name een waardevolle toevoeging kunnen zijn voor samenwerkings- en joint venture-BV's, nu het de mogelijkheid schept om (aanloop)verliezen direct in mindering te brengen op de belastbare winst van de aandeelhoudende joint venture-partners.

Tegenwerpingen

In de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel heeft de minister aangegeven de invoering van de figuur van de aandeelhouder-bestuurde BV in het Nederlandse recht niet wenselijk te vinden.²⁰ Hier voert de minister twee redenen voor aan. Ten eerste stelt de minister dat het aanvaarden van een aandeelhouder-bestuurde vennootschap een zekere spanning oplevert met het eerdergenoemde dogmatische uitgangspunt in het Nederlandse BV-recht dat het bestuur van de vennootschap het vennootschappelijk belang moet dienen en de aandeelhouder zijn eigen belang mag nastreven. Ten tweede zou de invoering van deze figuur verschillende complicaties oproepen, terwijl de voordelen volgens de wetgever geringlijken te zijn. Deze complicaties zouden met name schuilen in de overgangsproblematiek, de bescherming van medeaandeelhouders die eventueel geen bestuurder zijn, en de aansprakelijkheid van de aandeelhouder-bestuurder.²¹ In dit kader sluit de minister zich aan bij het oordeel van de Expertgroep, dat de eerdergenoemde huidige knelpunten op een andere, minder ingrijpende, wijze kunnen worden opgelost. Hierna zal ik beide argumenten aan een kritische beschouwing onderwerpen.

Vennootschappelijk belang

Met het Wetsvoorstel wil de wetgever in het bijzonder de persoonsgebonden vennootschap met een beperkte groep aandeelhouders, in het bijzonder dus de Persoonsgebonden BV, tegemoetkomen.²² De aandeelhouder(s) van een Persoonsgebonden BV is (zijn) over het algemeen sterk betrokken bij de activiteiten van de vennootschap en bepalen in hoge mate het dagelijks beleid en de strategie van de vennootschap en hebben zodoende de feitelijke leiding. In dit verband ziet het begrip 'persoonsgebonden' dan ook op het feit dat de vennootschap in sterke mate afhankelijk is van de persoonlijke bekwaamheid van

de aandeelhouder(s).²³ De nauwe betrokkenheid die de aandeelhouders in de Persoonsgebonden BV hebben bij de koers van de onderneming, maakt dat zij vaak een grote invloed hebben op het bestuur van de vennootschap. Dit wordt in de hand gewerkt door de omstandigheid dat de aandeelhouder(s) veelal zelf ook bestuurder van de vennootschap is (zijn), of met de bevoegdheid het zittende bestuur te ontslaan een belangrijk pressiemiddel heeft (hebben) om het primaat bij de belangenafweging door dit bestuur bij zijn (hun) eigen belang te leggen. Het Wetsvoorstel schept daarnaast de mogelijkheid om een concrete instructiebevoegdheid voor de algemene vergadering op te nemen in de statuten (zie art. 2:239 lid 4 Wetsvoorstel). Het bestuur is gehouden deze aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In de praktijk zal dit vennootschappelijk belang bij de Persoonsgebonden BV echter dicht bij het belang van de aandeelhouder(s) liggen.²⁴ In het verlengde hiervan ligt het mijns inziens in de rede om ook van de aandeelhouder-bestuurder(s) te vereisen dat hij zich richt naar het vennootschappelijk belang en zodoende binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid de belangen van de andere *stakeholders* in de vennootschap meeweegt. De redelijkheid en billijkheid is een belangrijke hoeksteen van ons (vennootschaps)recht en de strekking van deze norm zou wat betreft de aandeelhouder-bestuurder(s) op grond van de omstandigheden van het geval in de rechtspraak nader ingevuld kunnen worden. Daarnaast zou(den) de aandeelhouder-bestuurder(s) in geval van een onevenredige benadeling van de andere *stakeholders*, kunnen worden aangesproken op grond van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 2 BW).²⁵ Het recht biedt naar mijn mening in ieder geval voldoende handvatten om een al te *rücksichtlose* nastreving van het aandeelhoudersbelang door de aandeelhouder-bestuurder(s) sterk in te perken.

Complicaties bij de invoering van de aandeelhouderbestuurde BV

Ten aanzien van de complicaties die de invoering van de figuur van de aandeelhouder-bestuurde BV zou oproepen, heeft Timmerman uiteengezet dat het toelaten van een dergelijke BV een betrekkelijk uitgebreide wettelijke regeling vergt.²⁶ Dit heeft te maken met het feit dat het huidige BV-recht een vrij uitgebreid aantal dwingendrechtelijke bepalingen kent dat een taak op of een bevoegdheid bij het bestuur legt, waarvoor dus steeds een afwijkende regeling getroffen zal moeten worden. In veel gevallen is dit echter betrekkelijk eenvoudig te realiseren, door de betreffende bevoegdheid van het bestuur bij een aandeelhouderbestuurde BV over te hevelen naar de algemene vergadering of, indien het een uitvoerende taak betreft, aan een door de algemene vergadering aangewezen vertegenwoordigend functionaris. Daarnaast is er een aantal bepalingen in Boek 2 BW dat (op

19. Zie onder meer M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, Deventer: Kluwer 1987.

20. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10.

21. Rapport van de commissie-De Kluiver, in: Van den Ingh & Nowak 2006, p. 193-196.

22. T.P. van Duuren, *De structuur en interne organisatie van de flexibele BV*, in: T.P. van Duuren, H.J. Portengen, E.P.M. Vermeulen & B. Bier, *De vereenvoudigde BV*, Preadvis van de Vereniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 7.

23. T.P. van Duuren, *De joint-venture vennootschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 235.

24. Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 52.

25. F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 170; Asser/Maaijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, nr. 293.

26. Timmerman 2004, nr. 8.

beperkte schaal) zouden moeten worden aangevuld of gewijzigd teneinde het ontbreken van het bestuursorgaan te ondervangen. De meest voor de hand liggende bepaling in deze laatste categorie is vanzelfsprekend artikel 2:239 lid 1 BW, waarin de mogelijkheid zou moeten worden opgenomen dat de statuten kunnen bepalen dat de vennootschap geen bestuur heeft. Daarbij merk ik op dat de mogelijkheid tot statutaire schrapping van het bestuur als zelfstandig orgaan aan bepaalde restricties zou kunnen worden onderworpen. Zo kan ik mij voorstellen dat deze mogelijkheid niet zou moeten openstaan indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft op grond van het structurregime of op vrijwillige basis.

Wat betreft de externe bestuurdersaansprakelijkheid verdient het mijns inziens aanbeveling om in artikel 2:248 BW expliciet op te nemen dat indien de vennootschap geen bestuur heeft op grond van haar statuten, de algemene vergadering wordt aangemerkt als bestuur en iedere aandeelhouder afzonderlijk als bestuurder. Eventueel zou(den) (een) aandeelhouder(s) die niet deelneemt (deelnemen) aan het bestuur, kunnen worden gedisciplineerd. Hiermee zou analoog aan de regeling voor de personenvennootschap in het BV-recht naast de aandeelhouderbestuurder, de aandeelhouder-belegger worden geïntroduceerd.

Ten aanzien van de interne bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:9 BW doet Timmerman²⁷ de waardevolle suggestie dat een directe actie voor de aandeelhouder-bestuurde BV een alternatief zou kunnen zijn. Kort gezegd komt dit erop neer dat een aandeelhouder een andere aandeelhouder die (1) schade toebrengt aan de vennootschap en (2) in strijd handelt met artikel 2:8 BW, kan aanspreken tot vergoeding van de aan de vennootschap toegebrachte schade.

Conclusie

Het Wetsvoorstel is ontegenzeggelijk een belangrijke stap voorwaarts in de ontwikkeling van ons BV-recht. De keuze om vast te houden aan de verplichte dualistische structuur, maakt echter dat in het Wetsvoorstel de kans onbenut gelaten wordt om een leemte in ons vennootschapsrecht op te vullen en te voorzien in een verdergaande nuancering tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap. De dogmatische en praktische redenen op grond waarvan de minister zijn afweging maakt, zijn in mijn ogen niet overtuigend. Het argument dat een zelfstandige belangenafweging door het bestuur noodzakelijk is met het oog op het vennootschappelijk belang, wordt bij de Persoonsgebonden BV in belangrijke mate gerelativeerd. En natuurlijk zal de invoering van de figuur van de aandeelhouder-bestuurde BV de nodige voeten in de aarde hebben. De complicaties zijn naar mijn mening echter goed te overzien en de wetgever zou zich hier niet door mogen laten afschrikken.

Het feit dat bij veel Persoonsgebonden BV's de algemene vergadering en het bestuur een personele unie vormen, geeft aan dat de aandeelhouder-bestuurde BV bestaansrecht heeft. Vanuit

juridisch perspectief lijkt het mij dan ook minder zuiver om voor die BV's een dualistische wassen neus wettelijk verplicht te stellen.

27. Timmerman 2004, nr. 8.