

Eerste tranche ambtelijk voorontwerp nieuw BV-recht: inventarisatie naar aanleiding van de consultatieronde



* Mr. H.M.A. Albicher is kandidaat-notaris bij AKD Prinsen Van Wijmen te Breda.



** Mr. J.J.M. van Mierlo is advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen te Breda, en is tevens verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit Nijmegen).

De eerste tranche van het voorontwerp vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht werd op 11 februari 2005 beschikbaar gesteld voor consultatie. Op 25 maart jongstleden sloot de consultatieronde. In dit artikel inventariseren wij een aantal van de ingediende commentaren¹ waarbij wij ons in het bijzonder richten op de vraag of het doel van het voorontwerp, te weten een flexibeler BV-recht dat beter aansluit bij de praktijk, wel wordt bereikt met het tot stand gekomen ontwerp.

1. Inleiding

Met het rapport 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' van de commissie-De Kluiver (hierna: de Expertgroep) werd in mei 2004 een eerste belangrijke stap gezet naar een minder starre regelgeving met betrekking tot de Nederlandse BV. De Expertgroep, ingesteld in opdracht van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, heeft zich onder meer laten leiden door de volgende uitgangspunten²:

1. minder dwingend en meer regelend recht;
2. meer vrijheid van inrichting voor aandeelhouders;
3. faciliteren van de behoeften van de hedendaagse, nationale en internationale, praktijk.

De wens om tot meer vereenvoudigde regelgeving te komen wordt voor een belangrijk gedeelte ingegeven door de zorg over de afnemende populariteit van Nederland als vestigingsland voor buitenlandse ondernemers. Bovendien stelt recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie grenzen aan de mogelijkheden van de Nederlandse wetgever om het gebruik van buitenlandse rechtspersonen, ten aanzien waarvan in het land van oprichting een veel grotere vrijheid van vennootschappelijke inrichting bestaat, te beperken.³ Wij zien dan ook dat de wetgever, met deze problema-

tiek in het achterhoofd, met een behoorlijke mate van voortvarendheid te werk gaat.

In de memorie van toelichting⁴ valt te lezen dat een grotere vrijheid van inrichting voor de aandeelhouders van de vennootschap 'Leitmotief' is bij de vereenvoudiging van de BV-wetgeving, doch dat daarbij gezocht is naar een evenwicht tussen de belangen van aandeelhouders enerzijds en de vennootschap anderzijds. De vrijheid van inrichting wordt bovendien begrensd door bescherming van minderheidsaandeelhouders waar dat door de wetgever wenselijk wordt geacht.

De eerste tranche van het nieuwe BV-recht richt zich op de thema's 'orgaanstructuur en bevoegdheden' en 'aandelen en certificaten'. Het rapport van de Expertgroep biedt ons inziens een zeer goede basis voor de uitwerking in het wetsvoorstel van deze onderwerpen. Type- en taalfouten⁵ enerzijds en juridische slordigheden⁶ respectievelijk een enkele iets te ongenueanceerde zinsnede⁷ anderzijds geven echter niet op voorhand een onvoorwaardelijk vertrouwen in de kwaliteit van het wetsontwerp en de toelichting daarop.

Met de drie bovengenoemde uitgangspunten van de Expertgroep in het achterhoofd beperken wij ons in dit artikel uitsluitend tot die onderwerpen die in de consultatieronde breed zijn bekritiseerd in de meerderheid van de ingediende commentaren. Wij besteden achter-

1. Tenzij uitdrukkelijk op persoonlijke titel opgesteld wordt hierna volstaan met de verwijzing naar het desbetreffende kantoor of de organisatie.

2. Rapport 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag 6 mei 2004, p. 1.

3. Hof van Justitie 30 september 2003, *JOR* 2003, 249, m.nt. G.J. Vossestein.

4. Zie onder meer p. 4-5.

5. 'Vergaderrecht' in plaats van 'vergaderrecht' in artikel 2:227 lid 2 BW van het wetsontwerp, 'te' dient te zijn 'de' op p. 30 van de MvT (AKD Prinsen Van Wijmen, p. 6 en 9), de term 'ter plaatse' duidt taalkundig slechts op één vergaderplaats terwijl algemeen wordt aangenomen dat in de statuten meerdere vergaderplaats-



eenvolgens aandacht aan het uitgangspunt van dwingend recht in Boek 2 BW (paragraaf 2), het ontbreken in het wetsvoorstel van een wettelijke regeling met betrekking tot het monistische bestuursstelsel (paragraaf 3), het buiten beschouwing laten van stemrechtloze aandelen (paragraaf 4) en de onmogelijkheid om contractueel te kunnen afwijken van bepalingen van regelend recht (paragraaf 5).

Vervolgens zullen wij in het tweede deel van dit artikel stilstaan bij het commentaar op de uitwerking van een aantal onderwerpen, te weten het verplicht stellen van het certificatenhoudersregister (paragraaf 6), besluitvorming zonder inachtneming van (tijds) oproeping (paragraaf 7), het vergaderrecht van certificatenhouders (paragraaf 8), besluitvorming buiten vergadering en de wijze waarop de stemmen worden uitgebracht (paragraaf 9) en de instructiebevoegdheid (paragraaf 10). Vervolgens geven wij in paragraaf 11 nog een opsomming van de overige wetsartikelen die wegens onvoldoende flexibiliteit onder vuur zijn komen te liggen in de consultatieronde.

Op voorgestelde wijzigingen waarop in het algemeen instemmend is gereageerd of ten aanzien waarvan slechts technische aanpassingen worden voorgesteld die materieel niet tot een relevante wijziging zullen leiden, zullen wij in het kader van dit artikel niet ingaan. Ook de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van enkele bepalingen van het NV-recht laten wij hier verder buiten beschouwing, evenals technisch commentaar op de formulering van de voorgestelde wetsartikelen.

2. Dwingend recht als uitgangspunt voor Boek 2

Op grond van artikel 2:25 BW zijn de bepalingen van Boek 2 BW van dwingend recht, tenzij uitdrukkelijk uit de wet blijkt dat van de desbetreffende bepaling kan worden afgeweken. De bescherming van belangen van derden die benadeeld zouden kunnen worden door de aard van de rechtspersoon met zijn beperkte aansprakelijkheid voor bestuurders en aandeelhouders heeft daarbij steeds een belangrijke rol gespeeld.⁸ De Expertgroep schrijft dat bij haar gedachtevorming over een regeling van de BV steeds meer het principe van regelend recht is gaan overheersen, wat ook aan-

sluit bij het nieuwe personenvennootschapsrecht dat uitgaat van regelend recht.⁹

In het wetsontwerp wordt het principe van dwingend recht echter gehandhaafd. De memorie van toelichting geeft daarvoor in hoofdzaak de volgende redenen¹⁰:

- Een systeem van regelend recht zou afwijken van de regeling voor de overige rechtspersonen in Boek 2 BW. Dit zou betekenen dat de regels in het algemeen deel van Boek 2 voor de BV van regelend recht zijn, terwijl diezelfde regels voor de overige rechtspersonen van dwingend recht zouden zijn.
- De keuze voor regelend recht in het nieuwe personenvennootschapsrecht moet gezien worden tegen de achtergrond van het stelsel van Boek 7 BW, dat in beginsel bepalingen van regelend recht bevat.

Deze argumenten hebben niet alle indieners van commentaar overtuigd. Behalve het argument dat het principe van dwingend recht simpelweg niet past bij het uitgangspunt van meer flexibiliteit¹¹ wordt ook gewezen op de realiteit dat het merendeel van de BV's eenmansondernemingen en persoonsgebonden samenwerkingsverbanden zijn zodat, net als bij het nieuwe personenvennootschapsrecht, regelend recht is geboden.¹²

Er vallen ons inziens vraagtekens te plaatsen bij de keuze voor het uitgangspunt van dwingend recht indien dat betekent dat in een groot aantal wetsartikelen toegevoegd moet worden 'tenzij bij statuten anders is bepaald...' of 'de statuten kunnen bepalen dat...'. Ook het argument dat de keuze voor het principe van regelend recht tot gevolg zou hebben dat de algemene bepalingen van Boek 2 BW van regelend recht zouden worden voor de BV en van dwingend recht voor de overige rechtspersonen, snijdt ons inziens geen hout. Lezing van deze artikelen leert dat titel 1 met name algemene rechtsbeginselen van ons venootschapsrecht bevat, waarvan uitgangspunt dient te zijn dat deze voor alle rechtspersonen (derhalve ook voor de BV) van dwingend recht zijn. Met één toevoeging aan artikel 2:25 BW waarin de bepalingen van titel 5 afdeling 1 tot en met 5 van het dwingendrechtelijke karakter worden uitgezonderd, eventueel behoudens voorzover niet specifiek anders is bepaald, is het probleem opgelost.

Het merendeel van de BV's zijn eenmansondernemingen en persoonsgebonden samenwerkingsverbanden zodat, net als bij het nieuwe personenvennootschapsrecht, regelend recht geboden is.

→ sen kunnen worden genoemd, zie artikel 2:226 BW van het wetsontwerp (Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht, p. 7).

6. Zie bijvoorbeeld de term 'kapitaal' in plaats van 'geplaatst kapitaal' in artikel 2:220 BW van het wetsontwerp (AKD Prinsen Van Wijmen, p. 4), de term 'algemene vergadering' in plaats van 'algemene vergadering van aandeelhouders' in artikel 2:217 BW van het wetsontwerp (Gecombineerde Commissie, p. 6), het niet definiëren van het begrip 'vergaderrecht' (Gecombineerde Commissie, p. 4).

7. Bijvoorbeeld dat bij het niet herbenoemen van een bestuurder min of meer als automatisme de arbeidsovereenkomst van de bestuurder zal moeten worden beëindigd, zoals verwoord op p. 13 van de MvT (AKD Prinsen Van Wijmen, p. 1 en 2).

8. Zie onder meer P. van Schilf-gaarde, Jaap Winter, *Van de NV en de BV*, p. 20.

9. Rapport Expertgroep, p. 3; zie voorts m.b.t. tot het nieuwe personenvenootschapsrecht *Kamerstukken II 2003/04 nrs. 5 en 6* waarin het oorspronkelijke artikel 804 betreffende het principe van dwingend recht is geschrapt.

10. Memorie van toelichting bij ambtelijk voorontwerp (eerste tranche: orgaanstructuur en bevoegdheden/aandelen en certificaten, p. 6).

11. Gecombineerde Commissie, p. 2.

12. VNO-NCW, p. 3.

De alternatieven voor stemrechtloze aandelen worden in brede kring als ingewikkeld en kostbaar ervaren.

3. Het monistisch bestuursstelsel

In een aantal van de ingediende commentaren wordt de wens uitgesproken wetsvoorstellen te ontwikkelen die als wettelijke basis kunnen dienen voor een monistisch bestuursstelsel waarin de *executive bestuurders* en de *non-executive bestuurders* in één orgaan verenigd zijn.¹³ Hoewel men het erover eens is dat ook onder de huidige wet – dus zonder bijzondere bepalingen hieromtrent – het instellen van een monistisch bestuursstelsel mogelijk is, pleit ook de Expertgroep voor het creëren van een wettelijke regeling. Als belangrijkste argument noemt de Expertgroep dat de huidige wet onvoldoende afbakening biedt van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van uitvoerend bestuurders enerzijds en toezicht houdend bestuurders anderzijds.¹⁴

Het advies van de Expertgroep om het monistische bestuursstelsel in de wet te verankeren, is niet in het wetsvoorstel gevolgd. De argumentatie overtuigt ons niet. De memorie van toelichting zegt hierover uitsluitend het volgende:

‘Met de commissie vennootschapsrecht ben ik van mening dat het ontbreken van een regeling voor het monistisch stelsel in dit voorstel geen probleem is. De huidige wet staat niet in de weg aan het instellen van een monistisch stelsel. De behoefte aan een wettelijke regeling bestaat bovendien met name bij grote (beurs-)genoteerde vennootschappen.’¹⁵

In bijna alle ingediende commentaren wordt bovenstaande argumentatie bekritiseerd. Behalve onderschrijving van het argument van de Expertgroep wordt gewezen op de kans om met het creëren van een wettelijke regeling tegemoet te komen aan de wens om de BV voor buitenlanders aantrekkelijker te maken.¹⁶ Dit geldt temeer indien de Nederlandse vennootschap deel uitmaakt van een internationale groep, waarin het monistische bestuursmodel wordt gehanteerd.¹⁷ Ook het argument dat de behoefte aan een wettelijke regeling met name bij grote (beurs-)genoteerde vennootschappen bestaat wordt in verschillende commentaren weersproken. Deze behoefte bestaat volgens een tweetal kantoren ook bij onder meer joint-venture-BV's met buitenlandse (veelal Angelsaksische) aandeelhouders¹⁸ en BV's met buitenlandse investeerders die graag intensief

toezicht houden.¹⁹ Overigens wordt in de commentaren geen pleidooi gehouden voor een uitgebreide wettelijke regeling van het monistische stelsel, aangezien dit een verstarrende werking heeft.

4. Stemrechtloze aandelen

De Expertgroep heeft in haar rapport de mogelijkheid van het creëren van aandelen zonder stemrecht afgewezen. Als argumenten worden genoemd (i) dat min of meer hetzelfde resultaat kan worden behaald met het instrument van het statutair winstrecht en het instrument van certificering, (ii) dat in het nieuwe BV-recht gedifferentieerd stemrecht mogelijk wordt en (iii) dat een gecompliceerde regeling moet worden vermeden.²⁰ De memorie van toelichting neemt deze argumenten onverkort over zonder nadere aanvulling of afwijking.²¹

In een aantal commentaren vallen echter goede tegenargumenten te vinden vóór de invoering van stemrechtloze aandelen. Zo wordt ten aanzien van certificering gewezen op het feit dat certificering leidt tot ongewenste administratieve lasten in verband met de oprichting van een extra entiteit, de vaststelling van de administratievoorwaarden en de jaarlijkse administratie- en accountantskosten.²² Ten aanzien van winstrechten wordt terecht als bezwaar aangevoerd dat de houder van een winstrecht niet (of niet volledig) profiteert van de waardeverhoging van de vennootschap.²³ Voorts wordt gewezen op de thans bestaande onduidelijkheid omtrent de toelaatbaarheid van participatiebewijzen – rechten op deelname in het eigen vermogen van een vennootschap (niet alleen winst), met name in verband met kapitaalstortingen die ter zake of ter verkrijging van die rechten zijn gedaan – welke rechten in economische zin neerkomen op stemrechtloze aandelen.²⁴ Aan die onzekerheid zou een eind worden gemaakt met de invoering van stemrechtloze aandelen. Tot slot wordt gewezen op lastige kwalificatieproblemen van statutaire winstrechten en certificaten in internationale verhoudingen, welk probleem zich onder meer voordoet bij de uitleg van belastingverdragen.²⁵ Kortom, de alternatieven voor stemrechtloze aandelen worden in brede kring als ingewikkeld en kostbaar ervaren, terwijl ten aanzien van sommige alterna-

13. Zie onder meer Allen & Overy, p. 12, NautaDutilh, p. 3 en Boekel de Nerée p. 3.

14. Rapport Expertgroep, p. 33.

15. MvT, p. 10.

16. Gecombineerde Commissie, p. 3.

17. Zie noot 12.

18. Simmons & Simmons, p. 3.

19. Boekel De Nerée, p. 3.

20. Rapport Expertgroep, p. 65 tot en met 70.

21. MvT, p. 10 en 11.

22. Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen, p. 2 en 3, en Allen & Overy, p. 10.

23. Houthoff Buruma, p. 4.

24. Allen & Overy, p. 10.

25. Loyens & Loeff, p. 3.

tieven onzekerheid omtrent de juridische status bestaat.

5. Contractuele afwijking van regelend recht

In de praktijk wordt op grote schaal gebruikgemaakt van aandeelhoudersovereenkomsten als aanvulling op de statuten van een BV, bijvoorbeeld omdat statuten zich niet of minder lenen voor regelingen die aandeelhouders voor specifieke situaties of voor een beperkte duur wensen te treffen. Bovendien zijn sommige regelingen aan regelmatige verandering onderhevig, zodat vastlegging in de statuten niet praktisch is en kostenverhogend werkt gezien de noodzakelijke tussenkomst van de notaris.²⁶ Daarnaast lenen sommige onderwerpen zich vanwege door betrokkenen gewenste vertrouwelijkheid niet voor statutaire vastlegging. Is kenbaarheid wel wenselijk, dan kan gedacht worden aan verplichte deponering bij het handelsregister.²⁷

De Expertgroep merkt terecht op dat de behoefte om bepaalde onderwerpen in een aandeelhoudersovereenkomst te regelen waarschijnlijk minder zal worden nu met de invoering van het nieuwe BV-recht meer onderwerpen statutair kunnen worden vastgelegd. Ondanks het feit dat veel onderwerpen, anders dan op dit moment het geval is, zich met de invoering van het nieuwe BV-recht lenen voor statutaire vastlegging, zal de behoefte aan aandeelhoudersovereenkomsten blijven bestaan.

Zij doet ten aanzien van aandeelhoudersovereenkomsten echter twee niet onbelangrijke aanbevelingen.²⁸ Ten eerste in Boek 2 met zoveel woorden op te nemen dat handelen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst ook strijd met de goede trouw in vennootschapsrechtelijke zin kan betekenen en derhalve vernietiging van een besluit met zich mee kan brengen, zoals dat overigens in de rechtspraak al wordt erkend.²⁹ Ten tweede dat van bepaalde wetsartikelen niet uitsluitend 'bij statuten' maar ook 'krachtens statuten' zou moeten mogen worden afgeweken, zodat een afwijking niet alleen statutair maar contractueel kan worden vastgelegd.

Noch op de eerste, noch op de tweede aanbeveling wordt in de memorie van toelichting ingegaan. Dit roept de vraag op of de wetgever

van mening is dat niet bij aandeelhoudersovereenkomst kan worden afgeweken van wettelijke bepalingen die van regelend recht zijn. Een nadere standpuntbepaling in de memorie van toelichting hierover lijkt ons zeer gewenst.

6. Certificaathoudersregister

Op grond van het nieuwe artikel 2:194a BW is het bestuur van de vennootschap verplicht een certificaathoudersregister te houden waarin de namen en adressen van alle houders van certificaten op naam van aandelen waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden zijn opgenomen (zie hierna artikel 2:227 BW). Het bijhouden van het register heeft ten doel te bewerkstelligen dat de vennootschap op de hoogte is van diegenen die voor een algemene vergadering moeten worden opgeroepen.

Artikel 2:194a BW heeft het nodige commentaar teweeggebracht. Zo wordt erop gewezen dat op het bestuur de verantwoordelijkheid rust van de juistheid en volledigheid van het register. Dit betekent dat het bestuur zich ervan dient te overtuigen dat een (rechts)persoon die stelt certificaathouder te zijn, ook daadwerkelijk gerechtigd is tot deze certificaten. De vennootschap zal echter vaak geen partij zijn bij de (notariële of onderhandse) akte waarin certificaten worden overgedragen. Gepleit wordt voor een met de erkenning respectievelijk betekening bij aandelenoverdracht vergelijkbare regeling.³⁰ Voorts wordt de vraag gesteld in hoeverre een vennootschap verplicht moet zijn om een apart certificaathoudersregister aan te houden, nu deze gegevens ook al vaak in het aandeelhoudersregister worden ingeschreven.³¹ Ten aanzien van de in te schrijven gegevens wordt – met het oog op het wetsvoorstel 'wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming van rechtspersonen (30 019)' – voorgesteld om ook andere gegevens van certificaathouders in te schrijven, zoals e-mailadressen.³² Daarnaast wordt gepleit voor de vermelding van de datum waarop de certificaathouders vergaderrechten hebben verkregen en met betrekking tot welke aandelen de certificaten zijn uitgegeven.³³

Gepleit wordt voor een met de erkenning respectievelijk betekening bij de aandelenoverdracht vergelijkbare regeling.

26. Zie ook Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen, p. 2.

27. Allen & Overy, p. 12.

28. Rapport Expertgroep, p. 3-4.

29. Vgl. onder meer OK 20 mei 1999, *JOR* 2000, 72, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Cromwell/Versatel*) en OK 8 mei 2002, *JOR* 2002, 112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*).

30. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 2 tot en met 4, Nauta Dutilh, p. 5, Simmons & Simmons, p. 3 en 4.

31. Gecombineerde Commissie, p. 5.

32. Gecombineerde Commissie, p. 5.

33. Nauta Dutilh, p. 5.

In sommige commentaren wordt gepleit voor handhaving van de bestaande oproepingstermijn van 15 dagen.

7. Besluitvorming zonder inachtneming oproepingstermijn

Op grond van het nieuwe artikel 2:225 BW geschiedt de oproeping voor een algemene vergadering niet later dan op de achtste dag vóór die van de vergadering (thans vijftien dagen). Was die termijn korter of heeft de oproeping niet plaatsgehad, dan kunnen uitsluitend wettige besluiten worden genomen met algemene stemmen, in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.

In sommige commentaren wordt gepleit voor handhaving van de bestaande termijn van 15 dagen³⁴, zij het dat de mogelijkheden om die termijn te verkorten of te verlengen verruimd zouden moeten worden. Uit andere commentaren blijkt van instemming met de voorgestelde verkorting, zij het dat daaruit naar voren komt dat men deze bepaling toch nog te star acht.

De volgende suggesties worden gedaan:

- schrapping van de unanimiteitsregel, mits in de vergadering het gehele geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is zodat toch elke aandeelhouder de mogelijkheid heeft om aan de discussie deel te nemen en invloed uit te oefenen op de besluitvorming³⁵;
- de mogelijkheid om te kiezen voor een verkorte oproepingstermijn indien alle vergadergerechtigden daarmee instemmen³⁶;
- bestuurders en commissarissen die niet ter vergadering aanwezig (kunnen) zijn worden voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen.³⁷

8. Vergaderrecht van certificaathouders

Het huidige artikel 2:227 lid 2 BW bepaalt dat houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten het recht toekomt de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Omdat het onderscheid van met en zonder medewerking uitgegeven certificaten niet altijd even duidelijk is³⁸, wordt voorgesteld in artikel 2:227 lid 2 BW te bepalen dat het vergaderrecht bij de statuten aan certificaathouders kan worden toegekend, en dat dit recht vervolgens niet kan

worden ontnomen door de statuten te wijzigen.

Hoewel het nieuwe wetsartikel ons inziens zeker een verbetering is ten opzichte van de huidige wettelijke regeling (of het ontbreken daarvan), heeft de wetgever ook hier niet de kans gegrepen om toekenning van het vergaderrecht zo flexibel mogelijk te maken. Zo wordt gewezen op het ontbreken van voldoende basis voor een statutaire regeling waarin in het ene geval niet en in het andere geval wel vergaderrecht wordt toegekend.³⁹ Ook wordt breed gedragen dat het, anders dan in de voorgestelde bepaling het geval is, mogelijk zou moeten zijn om de statuten zodanig te wijzigen dat het vergaderrecht aan een certificaathouder wordt ontnomen, mits alle vergadergerechtigden hiermee instemmen⁴⁰, of het vergaderrecht wordt 'ontnomen' (of liever: onthouden) aan houders van certificaten die na statutenwijziging een certificaat verwerpen.⁴¹

9. Besluitvorming buiten vergadering/wijze van stemmen

De huidige regeling van besluitvorming buiten vergadering ondervindt in de praktijk veel weerstand. Met name het feit dat deze wijze van besluitvorming niet mogelijk is voorzover er certificaathouders zijn en het feit dat besluitvorming met unanimiteit van stemmen moet geschieden, maakt dat er reeds langere tijd de wens bestaat tot versoepeling van artikel 2:238 BW.

Het nieuwe wetsartikel rekent in het eerste lid af met de starheid van de thans bestaande regeling: (i) de mogelijkheid van besluitvorming buiten vergadering hoeft niet langer in de statuten te zijn vastgelegd, (ii) besluiten kunnen buiten vergadering worden genomen indien alle vergadergerechtigden schriftelijk met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd en (iii) de unanimiteitseis komt te vervallen. Het voorstel van de Expertgroep om ook het vereiste van het schriftelijk uitbrengen van stemmen te laten vervallen, is door de wetgever niet overgenomen.⁴² Daarentegen is in het voorgestelde artikel 2:218 lid 1 BW opgenomen dat ook de in dat artikel bedoelde jaarlijkse algemene vergadering kan worden vervangen door een vergadering in de zin van artikel 2:238.

34. Allen & Overy, p. T-11, en Simmons & Simmons, p. 4.

35. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 5 en Nauta Dutilh, p. 6.

36. Gecombineerde Commissie, p. 7.

37. Allen & Overy, p. T-11.

38. Rapport Expertgroep, p. 73.

39. Gecombineerde Commissie, p. 7; zie ook het commentaar van Nauta Dutilh, p. 6, waarin men genuanceerder denkt over het ontbreken van deze statutaire basis.

40. Gecombineerde Commissie, p. 8, Houthoff Buruma, p. 2, Loyens & Loeff, p. 7 en AKD Prinsen Van Wijmen, p. 7.

41. KD Prinsen Van Wijmen, p. 7.

42. Rapport Expertgroep, p. 44.

Ten aanzien van het nieuwe wetsartikel wordt opgemerkt dat op één onderdeel geen sprake is van een versoepeling, maar juist van een verzwaring. Dit betreft de eis dat onder 'vergadergerechtigden' onder meer moeten worden begrepen de bestuurders en commissarissen. Deze kunnen de besluitvorming buiten vergadering thans niet verhinderen, terwijl zij onder de nieuwe wetsbepaling wel de mogelijkheid hebben om besluitvorming buiten vergadering te frustreren.⁴³ Het zou een verbetering zijn indien in de bepaling zou worden toegevoegd dat schriftelijke instemming van bestuurders en commissarissen niet nodig is indien aan hen tijdig de gelegenheid is gegeven om advies uit te brengen over de voorgenomen besluiten⁴⁴ of indien wordt opgenomen dat bestuurders en commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid worden gesteld advies uit te brengen.⁴⁵

In het tweede lid van het nieuwe artikel 2:238 BW wordt bepaald dat de stemmen ook *langs elektronische weg* kunnen worden uitgebracht. Op zich is dit een verbetering, maar terecht wordt de vraag gesteld wat met *langs elektronische weg* wordt bedoeld, nu dit ook kan betekenen dat door middel van een sms-bericht wordt gestemd, wat niet de bedoeling kan zijn.⁴⁶

10. Instructiebevoegdheid

Volgens het huidige artikel 2:239 lid 4 BW kunnen deze aanwijzingen uitsluitend *algemene lijnen* van het te voeren beleid betreffen op terreinen die nader in de statuten zijn aangegeven. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het opnemen in de statuten van een *concrete instructiebevoegdheid* van de algemene vergadering ten opzichte van het bestuur is toegestaan. De Expertgroep constateert dat het eerder regel dan uitzondering is dat de moedervennootschap concrete instructies geeft aan het bestuur van haar dochtervennootschap, zodat de huidige regeling dan ook niet aansluit bij de praktijk.⁴⁷

Artikel 2:239 lid 4 van het wetsontwerp tracht aan dit bezwaar tegemoet te komen door te bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen 'naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap'. Het bestuur is gehouden deze aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de ven-

nootschap en de met haar verbonden onderneming.

Artikel 2:239 lid 4 van het wetsontwerp is ons inziens zeker een verbetering ten opzichte van de huidige bepaling. De nieuwe regeling geeft enerzijds aan de algemene vergadering de mogelijkheid om meer (concrete) invloed op het bestuur uit te oefenen, terwijl anderzijds het bestuur steeds een zelfstandige belangenafweging dient te maken en dus niet klakkeloos de instructies van de algemene vergadering mag opvolgen. In de commentaren wordt door sommigen bepleit dat het bestuur een zekere mate van vrijheid moet hebben om de instructie ook niet op te volgen wanneer deze weliswaar in het belang van de vennootschap is, maar het bestuur van mening is dat op andere wijze een beter of een vergelijkbaar resultaat wordt geboekt.⁴⁸ Door anderen wordt voorgesteld te bepalen dat het bestuur verplicht is de instructie op te volgen tenzij een *zwaarwegend* belang van de vennootschap zich daartegen verzet.⁴⁹ Ook wordt gepleit in de memorie van toelichting in te gaan op de vraag wat de gevolgen zijn indien een instructie is opgevolgd die niet in het belang van de vennootschap blijkt te zijn of waarvan het opvolgen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.⁵⁰

11. Overig commentaar ten aanzien van flexibiliteit

Tot slot zijn in de commentaren de volgende voorgestelde wetsartikelen bekritiseerd met een beroep op onvoldoende flexibiliteit:

- Artikel 2:220 BW van het wetsontwerp. Anders dan het advies van de Expertgroep heeft niet iedere afzonderlijke aandeelhouder het recht om een algemene vergadering bijeen te roepen⁵¹ maar heeft men gekozen voor een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een honderdste gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigen.⁵²
- Artikel 2:231 lid 1 van het wetsontwerp. Een besluit tot statutenwijziging wordt genomen met 2/3 van de uitgebrachte stemmen, voorzover bij de statuten geen *grotere* meerderheid is bepaald. Het is dus niet mogelijk statutair een kleinere meerderheid vast te leggen, wat niet tegemoetkomt aan de beoogde flexibiliteit.⁵³

Voorgesteld wordt te bepalen dat het bestuur verplicht is de instructie op te volgen tenzij een zwaarwegend belang van de vennootschap zich daartegen verzet.

43. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 9, Houthoff Buruma, p. 3 en Simmons & Simmons, p. 5.

44. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 9.

45. Allen & Overy, p. T-18.

46. Gecombineerde Commissie, p. 10; overigens merkt de Gecombineerde Commissie terecht op of er wel sprake is van besluitvorming *in* een algemene vergadering indien alle aandeelhouders langs elektronische weg stemmen.

47. Rapport Expertgroep, p. 34 (met tevens een verwijzing naar de relevante literatuur omtrent de discussie over de toelaatbaarheid van concrete instructies) en 35.

48. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 10.

49. Allen & Overy, p. T-19, Houthoff Buruma, p. 3.

50. AKD Prinsen Van Wijmen, p. 10.

51. Rapport Expertgroep, p. 37.

52. Zie in dit verband ook het commentaar van Loyens & Loeff, p. 6, waarin terecht wordt opgemerkt dat in de huidige wet de mogelijkheid bestaat om statutair de grens van 10% te verlagen, wat onder de nieuwe wetsbepaling niet meer mogelijk is; dit betekent dus minder flexibiliteit.

53. Allen & Overy, p. T-18, AKD Prinsen Van Wijmen, p. 8, Gecombineerde Commissie, p. 9, Nauta Dutilh, p. 8, Simmons & Simmons, p. 5.

Met het onderhavige voorontwerp wordt te weinig recht gedaan aan het streven naar een meer vereenvoudigde en flexibele regeling van het BV-recht.

12. Conclusie

Met het onderhavige voorontwerp wordt naar onze mening te weinig recht gedaan aan het streven naar een meer vereenvoudigde en flexibele regeling van het BV-recht. Zo past handhaving van het principe van dwingend recht niet in het kader van meer flexibiliteit. Behalve onvoldoende flexibiliteit is het wetsontwerp niet altijd duidelijk en volledig, bijvoorbeeld indien het gaat om de verplichting van het bestuur certificaathoudersregister te houden. Wij hopen dat het uiteindelijke wetsontwerp en de memorie van toelichting naar aanleiding van de ingediende commentaren wezenlijk aangepast en verbeterd zullen worden.