

Graag reageren wij op de kanttekeningen die Stokkermans plaatst bij onze bijdrage in WPNR 2013/6962.

1. Inderdaad vatten wij de BGA op als een orgaan van de vennootschap, niet alleen voor de toepassing van de in art. 2:189a BW vermelde wetsartikelen, maar eveneens voor de toepassing van art. 2:13 e.v. BW. In ons betoog brengen wij BGA-besluiten daarom ook in verband met art. 2:14 BW en art. 2:15 BW (zie paragraaf 3.5. en 4.3.). Het statutair toekennen van bevoegdheden aan de BGA (bijvoorbeeld de bevoegdheid tot benoeming van een bestuurder A) zou immers een zinledige exercitie zijn als aan schending hiervan (AV gaat over tot benoeming van bestuurder A) geen gevolgen zijn verbonden. Buiten kijf staat dat een dergelijk AV-besluit op grond van art. 2:14 lid 1 BW nietig is, waarbij de nietigheid ex art. 2:16 lid 2 BW aan de pseudo-benoemde kan worden tegengeworpen. Art. 2:16 BW is ook relevant voor BGA-besluiten. Stel dat in ons voorbeeld de BGA besluit tot benoeming van Y tot bestuurder A, maar dat aan het besluit gebreken kleven die meebrengen dat het BGA-besluit nietig is of in rechte vernietigd wordt. Ook dan brengt art. 2:16 BW mee dat dit aan de pseudo-benoemde Y kan worden tegengeworpen. Hooguit kan Y aanspraak maken op schadevergoeding. Op dit punt zitten Stokkermans en ondergetekenden op één lijn.

2. Wij hebben in onze bijdrage aandacht gevraagd voor het merkwaardige punt dat de wetgever de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen in art. 2:227 lid 7 BW en art. 2:238 lid 2 BW heeft beperkt tot de besluitvorming door de AV en deze niet heeft uitgebreid tot besluitvorming door de BGA. Wij hebben erop gewezen dat juist omdat bij een BGA het eigen belang van een beperkte groep aandeelhouders voorop staat, een raadgevende stem van bestuurders en commissarissen nuttig zou zijn. Ook Stokkermans onderschrijft het belang van de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen bij de besluitvorming door de BGA. De in art. 2:227 lid 7 BW en art. 2:238 lid 2 BW voorgeschreven raadgevende stem dient zijns inziens analoog op BGA-besluiten te worden toegepast. Hierin verschillen wij van mening. De vraag of bestuurders en commissarissen een raadgevende stem hebben in de BGA is in de parlementaire geschiedenis herhaaldelijk aan de orde geweest. Aanvankelijk beantwoordde de minister deze vraag bevestigend, maar later is hij hierop teruggekomen. Het volgende citaat laat niets aan duidelijkheid te wensen over:

«De leden van de VVD-fractie stellen vraagtekens bij de opmerking in de memorie van antwoord dat bestuurders en commissarissen ook een adviesrecht hebben in een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en of vragen of dit wel uit het wets-

voorstel kan worden afgeleid. Bij nader inzien constateer ik dat de VVD-fractie gelijk heeft. In artikel 227 lid 7 van het wetsvoorstel is bepaald dat de raadgevende stem geldt voor de algemene vergadering en, op grond van art. 238 lid 2, laatste zin, tevens bij besluitvorming van de aandeelhouders buiten vergadering. Bij een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is geen sprake van een algemene vergadering, noch van besluitvorming in de zin van artikel 238. Het gaat immers om een besluit van een ander orgaan dan de algemene vergadering. Aan een dergelijk orgaan kunnen bij de statuten bevoegdheden worden toegekend. Het geven van advies door het bestuur in het belang van de vennootschap ligt bij nader inzien bij dergelijke statutaire bevoegdheden minder voor de hand dan bij de wettelijke (en statutaire) bevoegdheden van de algemene vergadering. Ik ben het dus met de leden van de VVD-fractie eens dat de raadgevende stem in vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding niet geldt. In dat opzicht komt er geen verandering in de situatie zoals die al geldt onder het huidige bv-recht.»¹

Bij deze stand van zaken is er ons inziens eenvoudigweg geen ruimte voor de door Stokkermans voorgestane analoge toepassing van art. 2:227 lid 7 BW en art. 2:238 lid 2 BW bij de besluitvorming door de BGA.

3. Wij hebben in ons artikel erop gewezen dat de op het bestuur rustende aantekenplicht van art. 2:230 lid 4 BW niet geldt voor BGA-besluiten. Gelet op de strafrechtelijke sanctie op niet-naleving van art. 2:230 lid 4 BW moet terughoudendheid worden betracht ten aanzien van een extensieve of analoge interpretatie. Stokkermans lijkt dat ook te onderkennen, maar rekent het tot de *algemene* bestuurstaak om op een geordende manier aantekening te houden van alle besluiten en stukken die de interne en externe rechtsverhoudingen van de vennootschap betreffen. Dat onderschrijven wij, maar deze taak kan het bestuur alleen vervullen als het op de hoogte is van de BGA-besluiten. Nu bestuurders geen raadgevende stem hebben in de BGA (zie het hiervoor opgemerkte onder 2) kunnen BGA-besluiten zich onttrekken aan het zicht van het

1. NMvA, EK 2011-2012, 31 058 32 426, E, p. 22.

bestuur.² De wetgever kan beide punten oplossen door te voorzien in een raadgevende stem van bestuurders bij de besluitvorming door de BGA en de *specifieke* aantekeningplicht van art. 2:230 lid 4 BW uit te breiden tot BGA-besluiten.

Dan is er nog een punt waarop Stokkermans met ons van mening verschilt. Wij hebben erop gewezen dat als een nadere statutaire regeling ontbreekt, het onduidelijk is hoeveel stemmen elke houder van stemrechtloze aandelen mag uitoefenen in de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen. Volgens Stokkermans mogen wij met een gerust hart aannemen dat dan art. 2:228 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is. Art. 2:228 lid 2 BW houdt in dat bij aandelen van eenzelfde nominale waarde het aantal stemmen dat iedere aandeelhouder kan uitoefenen in beginsel gekoppeld is aan het aantal aandelen dat hij houdt. Wij zijn echter nog niet 'gerustgesteld' door de 'analoge' oplossing van Stokkermans. De hoofdregel van art. 2:228 lid 2 BW ziet op de besluitvorming door de AV. Deze hoofdregel is bij stemrechtloze aandelen juist onder gebruikmaking van art. 2:228 lid 5 BW statutair terzijde gesteld: aan de aandelen is geen stemrecht in de AV verbonden. Het in de statuten aan het aandeel ontnomen stemrecht ziet op het stemrecht in de AV. In de vergadering van de eigen BGA heeft de houder van een stemrechtloos aandeel wel een stem. Kan nu bij gebreke van een nadere statutaire regeling voor de bepaling van het aantal stemmen dat aan iedere aandeelhouder in de BGA toekomt, automatisch worden teruggevallen op de voor de AV geschreven hoofdregel van art. 2:228 lid 2 BW? Wij wagen dat te betwijfelen en wijzen erop dat de stemrechtloze aandeelhouders wellicht onbewust er vanuit zijn gegaan dat iedere aandeelhouder slechts één stem heeft in de BGA. Weliswaar hebben zij hun (impliciete) bedoeling niet statutair vastgelegd, maar de aandeelhouders gedragen zich wel hiernaar. Prevalleert in dat geval de partijbedoeling of toch de analoge toepassing van art. 2:228 lid 2 BW?

Wij maken van de gelegenheid gebruik om een nieuwe situatie onder de aandacht te brengen die met het voorgaande verband houdt. In de statuten van de BV is voorzien in 100 prioriteitsaandelen P.1 tot en met P.100. Deze aandelen zijn ook uitgegeven. Statutair is aan de prioriteit de bevoegdheid toegekend om één bestuurder P te benoemen. Voorts is statutair aan de prioriteitsaandelen met de aanduiding P.1 tot en met P.10 onder gebruikmaking van art. 2:228 lid 4 BW een meervoudig stemrecht in de AV gekoppeld. Op een gegeven moment ligt bij de prioriteit het voorstel voor tot benoeming van de heer X tot bestuurder P. Hierover dienen de prioriteitsaandeelhouders te stemmen. Er is geen specifieke regeling getroffen voor het aantal stemmen dat een houder van een prioriteitsaandeel kan uitoefenen in de prioriteit. Kunnen de houders van de prioriteitsaandelen P.1 tot en met P.10 dan ook

aanspraak maken op een meervoudig stemrecht in de prioriteit of moeten we terugvallen op de hoofdregel van art. 2:228 lid 2 BW of zijn de prioriteitsaandeelhouders er wellicht vanuit gegaan dat iedere aandeelhouder slechts één stem heeft in de prioriteit? Bij nader doordenken van een en ander rijzen er steeds meer situaties die onduidelijk zijn en neemt onze ongerustheid toe.

4. Wij zijn (zij het impliciet) van de eenvoudige situatie uitgegaan dat op de aandelen van de bijzondere soort of aanduiding geen vruchtgebruik of pandrecht rust en dat er ook geen certificaten met vergaderrecht zijn. De zaak wordt gecompliceerder - Stokkermans wijst daar terecht op - als er pandhouders zijn die vergaderrecht en soms ook nog stemrecht hebben. Hetzelfde geldt uiteraard als er vruchtgebruikers (met vergaderrecht/stemrecht) zijn en houders van certificaten met vergaderrecht. In de Wet Flex-BV is de positie van deze personen geregeld waar het de besluitvorming door de AV betreft. Maar wat nu als de bevoegdheid niet bij de AV ligt, maar is verschoven naar een BGA? Staan deze personen dan buiten spel of kunnen zij het aan hen toekomende vergaderrecht/stemrecht eveneens uitoefenen in de BGA? Stokkermans meent dat de pandhouder zijn stemrecht ook zou moeten kunnen uitoefenen in een BGA. De wenselijkheid hiervan onderschrijven wij. Echter bij gebreke van een nadere wettelijke regeling bestaat hieromtrent geen zekerheid. Wenselijkheid en juridische werkelijkheid kunnen dus uiteenlopen. Omwille van de rechtszekerheid, zou de wetgever ook hier duidelijkheid moeten bieden.

5. Dit komt overeen met hetgeen wij in voetnoot 33 van onze bijdrage hebben geschreven:

"Van het in art. 2:231 lid 4 BW bedoelde goedkeurende besluit door een BGA dient men te onderscheiden het daarnaast geldende vereiste van instemming van *individuele* aandeelhouders waar dit uit de wet voortvloeit."

Met de aanvullende opmerkingen die Stokkermans in dit verband maakt stemmen wij in.

2. Uiteraard kunnen bestuurders wel op een andere wijze kennis krijgen van BGA-besluiten indien het besluit zich tot hen richt (ontslag, instructie) of indien er een nadere uitvoeringshandeling is vereist, bijvoorbeeld bij een BGA-besluit tot uitgifte van aandelen.

6. Hier snijdt Stokkermans een nieuw punt aan. Hij wijst op de nuttige functie die de door de Wet Flex-BV verruimde beletregeling van art. 2:244 lid 4 BW kan vervullen bij de nieuwe tegenstrijdig belangregeling van art. 2:239 lid 6 BW die sinds 1 januari 2013 geldt. Bij een joint venture-BV met een meerhoofdig bestuur kan statutair worden bepaald dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang 'belet' heeft en wordt vervangen door een tijdelijk bestuurder. Deze tijdelijk bestuurder kan dan met de overgebleven, neutrale bestuurder(s) het bestuursbesluit nemen. Met Stokkermans menen wij dat art. 2:239 lid 6 BW ruimte biedt voor een dergelijke toepassing van de beletregeling.³ Wij plaatsen hierbij echter de aanvullende kanttekening dat de beletregeling niet kan worden toegepast indien alle bestuurders⁴ een tegenstrijdig belang hebben en de BV een RvC heeft. In dat geval schrijft art. 2:239 lid 6 BW dwingendrechtelijk voor dat de beslissingsbevoegdheid verschuift naar de RvC. Een statutaire beletregeling kan dit niet doorkruisen.⁵

7. Deze praktische aanvulling van Stokkermans komt erop neer dat het vergaderrecht dat aan stemrechtloze aandeelhouders toekomt ter zake van de besluitvorming in de AV kan worden uitgehold door zoveel mogelijk bevoegdheden van de AV over te hevelen naar een BGA (die bestaat uit de overige soorten aandelen tezamen).⁶ Dit is een toepassing van hetgeen wij in paragraaf 3.6. van ons artikel hebben gerangschikt onder het kopje 'Strategische keuze voor BGA'. Wij plaatsen hierbij één kanttekening. Deze ziet op een BV die al stemrechtloze aandelen heeft uitgegeven en waarin nadien bij de overige aandeelhouders de gedachte opkomt om het aan de houders van stemrechtloze aandelen in de AV toekomende vergaderrecht in te dammen. Er wordt daarom een statutenwijziging voorgesteld waarbij zoveel mogelijk bevoegdheden worden toegekend aan de BGA (die door de overige aandeelhouders wordt gevormd). Het vergaderrecht van de houders van stemrechtloze aandelen wordt hierdoor afgekald en beperkt zich, na de statutenwijziging, tot besluiten die dwingendrechtelijk door de AV dienen te worden genomen.⁷ In zo'n situatie kan art. 2:231 lid 4 BW in beeld komen: het besluit tot statutenwijziging dat specifiek afbreuk doet aan rechten van houders van stemrechtloze aandelen behoeft in beginsel de goedkeuring van deze groep van aandeelhouders. In dat geval kunnen de stemrechtloze aandeelhouders de statutenwijziging blokkeren.

8. Tot slot: de reactie van Stokkermans bevestigt dat er rondom de besluitvorming door de BGA onduidelijkheid bestaat. Dit is onwenselijk, te meer omdat de Wet Flex-BV meebrengt dat ingrijpende bevoegdheden, zoals de benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen, kunnen verschuiven naar een BGA. De procesmatige kant van de besluitvorming door organen van de vennootschap dient juist helder te zijn.⁸ Een nadere wettelijke (besluit-

vormings)regeling voor de BGA is daarom noodzakelijk. Bij de vormgeving hiervan dient de wetgever de lijnen die al zijn getrokken voor de besluitvorming door de AV, zoveel mogelijk door te trekken naar de besluitvorming door de BGA. Alleen indien daarvoor een gerechtvaardigde reden is, dient onderscheid te worden gemaakt tussen AV en BGA. Bij gebreke aan sturing door de wetgever, rust er (vooralsnog) een belangrijke taak op de notaris om in de statuten te voorzien in een (besluitvormings)regeling voor de BGA.

*Mw. prof. mr. H.E. Boschma**

*Mw. mr. G.K. Kuijers-Tollenaar***

3. In noot 6 schrijft Stokkermans dat Nowak en Leijten de indruk wekken dit in strijd te achten met art. 2:239 lid 6 BW. Dit zien wij niet zo. Nowak en Leijten bespreken in *Ondernemingsrecht 2012/92* andere situaties waarin een statutaire beletregeling wegens ongeoorloofde samenloop met de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet rechtsgeldig is. Bijvoorbeeld de beletregeling die inhoudt dat de enig bestuurder bij tegenstrijdig belang wordt vervangen door een tijdelijk bestuurder, terwijl er een RvC is of de beletregeling die inhoudt dat indien twee van de drie bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, de RvC het besluit neemt. Evenals Nowak en Leijten menen wij dat in deze gevallen de wettelijke tegenstrijdig belangregeling prevaleert.
4. Hetzelfde geldt indien bij een eenhoofdig bestuur de enig bestuurder behept is met een tegenstrijdig belang.
5. Zie ook R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht 2012/92*.
6. Statutair moet dan aan de overige soorten aandelen bijvoorbeeld een bepaalde aanduiding worden toegekend waardoor de aandelen met die bepaalde aanduiding tezamen een afzonderlijke BGA vormen (aan welke BGA vervolgens bevoegdheden worden toebedeeld).
7. Zie hiervoor paragraaf 2.1. van ons artikel.
8. Zie hierover ook L. Timmerman eerder in dit nummer.

* Als hoogleraar Ondernemingsrecht, in het bijzonder de rechtsvorm van de onderneming, verbonden aan de vakgroep handels- en arbeidsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen, vaste medewerker van het WPNR.
(h.e.boschma@rug.nl)

** Kandidaat-notaris te Amsterdam.
(k.tollenaar@houthoff.com)