

# Een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA in het licht van de flex bv

*Mr. L. N. Schepers* \*

## Inleiding

Op 31 mei 2008 is het wetsvoorstel 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) (hierna: het wetsvoorstel) aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>1</sup> Het wetsvoorstel beoogt de regels voor besloten vennootschappen eenvoudiger en flexibeler te maken, waardoor de besloten vennootschap een meer eigen karakter krijgt en zich duidelijker onderscheidt van de naamloze vennootschap.<sup>2</sup>

Bij de herziening van het bv-recht staat voorop dat de gewijzigde besloten vennootschap (hierna: de flex bv) zo veel mogelijk aansluit bij de wensen die in de praktijk leven. Bovendien grijpt de wetgever de mogelijkheid aan verschillende knelpunten en onduidelijkheden in de huidige wettelijke regeling ten aanzien van de besloten vennootschap op te lossen.

Tot die onduidelijkheden zou de bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) en het bestuur van een besloten vennootschap ten aanzien van onderwerpen waarover de wet en/of de statuten zich niet uitspreken, moeten worden gerekend. Met name ingeval deze onderwerpen betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de beschikking over (een belangrijk deel van) de door haar gevoerde onderneming, kan het wenselijk zijn om in de wet vast te leggen wie de betreffende bevoegdheid toekomt. Voor de naamloze vennootschap is in een dergelijke regeling al voorzien in artikel 2:107a BW.

In onderhavige bijdrage zal worden besproken of het wenselijk is een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA in de nieuwe regeling ten aanzien van de flex bv op te nemen. Ten eerste zal worden bekeken hoe de bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en de AVA van een besloten vennootschap in de huidige wetgeving is geregeld. Vervolgens zal het goedkeuringsrecht van de AVA van een naamloze vennootschap in artikel 2:107a BW en de eventuele analoge toepassing daarvan voor de besloten vennootschap worden besproken. Tot slot zal aan de hand van

het wetsvoorstel worden bekeken of het wenselijk is een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA voor de flex bv op te nemen. Buiten beschouwing zal blijven de besloten vennootschap waarop – verplicht of onverplicht – de structuurregeling van toepassing is. Evenmin zal worden ingegaan op de toezichthoudende rol van de raad van commissarissen.

## Bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en de AVA

Artikel 2:239 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur is belast met het besturen van de besloten vennootschap, behoudens eventuele beperkingen volgens de statuten. Het besturen omvat meer dan alleen de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Ook het beschikken over de vennootschappelijke middelen en het bepalen van de vennootschappelijke activiteiten en strategie vallen bijvoorbeeld onder de bestuursbevoegdheid.<sup>3</sup> Besluiten over het doen van investeringen en desinvesteringen en het aangaan van samenwerkingsverbanden passend binnen het profiel van de besloten vennootschap<sup>4</sup> worden derhalve door het bestuur genomen.<sup>5</sup>

Aan de AVA van een besloten vennootschap behoort, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend (art. 2:217 lid 1 BW). Er komt derhalve aan de AVA een zogenoemde restbevoegdheid toe.<sup>6</sup> Ook zijn in de wet verschillende belangrijke bevoegdheden met betrekking tot de structuur en de interne organisatie van de besloten vennootschap aan de AVA toebedeeld, die niet bij statuten of bij overeenkomst naar een ander vennootschapsorgaan kunnen worden overgeheveld. Zo is de AVA onder meer bevoegd bestuurders te benoemen en te ontslaan (art. 2:242-244 BW), de statuten te wijzigen (art. 2:231 BW) en de vennootschap te ontbinden (art. 2:19 BW).

De bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en de AVA brengt met zich dat discussie mogelijk is ten aanzien van de afbakening van de bevoegdheden.<sup>7</sup> Vooral wat betreft onderwerpen waarover de wet en/of de statuten zich niet uitspreken, kan het onduidelijk zijn aan wie de bevoegdheid toekomt. In het algemeen wordt echter aangenomen dat de bevoegdheden die

\* Mr. L.N. Schepers is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

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

2. Zie voor een uitgebreide behandeling van het wetsvoorstel: H.J. Portengen, *Interne verhoudingen – flex bv*, WPNR (2007) 6731, p. 940-949 en R.G.J. Nowak & F.J.P. van den Ingh, *Besluitvorming in het wetsvoorstel flex-BV*, TvOB 2007, nr. 4, p. 122-133.

3. Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 231.

4. HR 21 februari 2003, JOR 2003, 57, r.o. 6.4.2 en 6.4.3 (HBG).

5. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 231.

6. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 254.

7. J. van Vliet, *Ondernemingskamer: verkoop LaSalle 'in de sfeer van artikel 2:107a BW'*. Is dat voldoende?, NJB 2007, p. 1514-1515.

wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de beschikking over (een zeer wezenlijk deel van) haar onderneming, eerder aan de AVA moeten toevallen dan aan het bestuur.<sup>8</sup> In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de materiële liquidatie van de besloten vennootschap, te weten de vervreemding van (bijna) alle activa van de onderneming.<sup>9</sup> Daarentegen kan het beëindigen van een bepaalde economische activiteit of de vervreemding van een bepaald onderdeel van de onderneming wel als bestuursbevoegdheid worden aangemerkt.<sup>10</sup>

### Artikel 2:107a BW en de analoge toepassing

Op 1 oktober 2004 is voor de naamloze vennootschap artikel 2:107a BW in werking getreden.<sup>11</sup> Het artikel gaat over de goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten door de AVA en luidt als volgt:

1. Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval:
  - a. overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde;
  - b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;
  - c. het nemen of afstoten van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa volgens de balans met toelichting of, indien de vennootschap een geconsolideerde balans opstelt, volgens de geconsolideerde balans met toelichting volgens de laatst vastgestelde jaarrekening van de vennootschap, door haar of een dochtermaatschappij.
2. Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.'

In het eerste lid zijn drie soorten bestuursbesluiten opgesomd, die zonder twijfel aan de goedkeuring van de AVA zijn onderworpen. Daarnaast volgt uit de aanhef van artikel 2:107a lid 1 BW dat ook in andere gevallen een goedkeuringsrecht kan bestaan ingeval wordt aangetoond dat de bestuursbesluiten een

belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming behelzen.

In het tweede lid worden derden beschermd tegen het ontbreken van de goedkeuring van de AVA. Ook wanneer bestuurders het goedkeuringsrecht negeren, is de betreffende rechtshandeling van het bestuur rechtsgeldig; het goedkeuringsrecht betreft een intern vennootschappelijke kwestie. Onder uitzonderlijke omstandigheden valt een zekere externe werking echter niet uit te sluiten; de afdwingbaarheid van de rechtshandeling door de wederpartij zou op grond van artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn.<sup>12</sup> Intern kan overigens het uitvoeren van een besluit zonder de vereiste wettelijke goedkeuring van de AVA leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap op basis van artikel 2:9 BW.

De in artikel 2:107a lid 1 BW niet limitatief opgesomde bestuursbesluiten komen gedeeltelijk overeen met de besluiten genoemd in artikel 2:164/274 lid 1 BW, die bij structuurvennootschappen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen. Zo sluit de formulering van artikel 2:107a lid 1 onder b respectievelijk c BW (deels) aan bij de formulering van artikel 2:164/274 lid 1 onder d respectievelijk e BW. De rol van de aandeelhouder is echter een andere dan die van de commissaris. In de parlementaire geschiedenis wordt dan ook aangegeven dat het niet aan de AVA is om het investeringsbeleid van de vennootschap goed te keuren. Dat is aan de raad van commissarissen (art. 2:164/274 lid 1 onder f BW). Alleen als een bestuursbesluit zo ingrijpend is dat kan worden gezegd dat het de aard van het aandeelhouderschap wijzigt, dient het ter goedkeuring aan de AVA te worden voorgelegd. De aandeelhouder gaat dan namelijk als het ware kapitaal verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap.

Tegelijkertijd met artikel 2:107a BW werd voor de besloten vennootschap een vergelijkbare wettelijke regeling voorgesteld. De parlementaire geschiedenis leert evenwel dat de wetgever van mening is dat een dergelijk goedkeuringsrecht zou leiden tot overregulering, en formaliteiten in het leven zou roepen die inhoudelijk niet van toegevoegde waarde zijn voor de besloten vennootschap. De aandeelhouders van een besloten vennootschap, zo voert de wetgever aan, zijn immers doorgaans dicht bij het management van de onderneming betrokken of kunnen praktisch gesproken afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden. Bovendien zouden zij desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie kunnen verzekeren door middel van statutaire bepalingen en stemovereenkomsten.<sup>13</sup>

8. Asser/Maeijer 2000, nr. 254, Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 231 en Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2006, p. 135.

9. Zie onder meer: Hof Amsterdam 16 november 2005, JOR 2006, 5, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 1 februari 2006, JOR 2006, 122, r.o. 3.3.

10. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 231.

11. Stb. 2004, 405.

12. HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (Bibolini) en Hof Amsterdam 12 augustus 2008, JOR 2008, 264.

13. Kamerstukken II 2003/04, 28 179, nr. 5, p. 19.

Deze argumenten gaan echter niet voor iedereen op.<sup>14</sup> Bovendien is de wetgever inconsequent met het hanteren ervan. Het zou althans logischer zijn geweest als de wetgever deze argumenten wat betreft overregulering en overbodige inhoudelijke formaliteiten ook had aangevoerd ten aanzien van het goedkeuringsrecht van de AVA van een dochtermaatschappij in verband met de onder artikel 2:107a lid 1 onder b en c BW genoemde transacties verricht door de betreffende dochtermaatschappij. De regeling van artikel 2:107a lid 1 onder b en c BW kan meebrengen dat een dergelijke transactie zowel op het niveau van de dochtermaatschappij als op het niveau van de moedermaatschappij door de AVA moet worden goedgekeurd, indien de transactie voldoende ingrijpend is in relatie tot de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Volgens de wetgever hoeft dat niet tot grote problemen te leiden. Op het niveau van de dochter worden de aandelen immers geheel of voornamelijk gehouden door de moedermaatschappij, met het gevolg dat een besluit van de AVA van een dochtermaatschappij (lees: het bestuur van de moedermaatschappij) eenvoudig kan worden gerealiseerd.<sup>15</sup> Als er ergens sprake zou zijn van overregulering of overbodige formaliteiten, dan zou dat mijn inziens eerder hier het geval zijn dan bij het in de wet opnemen van een goedkeuringsrecht van de AVA bij een besloten vennootschap.

Vooralsnog geldt voor de besloten vennootschap de wettelijke bevoegdheidsverdeling van de artikelen 2:217 en 2:239 BW. Ook een analoge toepassing van artikel 2:107a BW is blijkens een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden<sup>16</sup> van tafel.

De kern van het desbetreffende geschil had betrekking op de vraag of een goedkeuringsrecht voor de AVA van besloten vennootschap A (de moedermaatschappij) bestaat ter zake van de verkoop van onroerend goed van besloten vennootschap B (de 100% dochtermaatschappij) door het bestuur van deze dochter, dat werd gevormd door de moedermaatschappij. Eiseres, een 50% aandeelhouder van de moedermaatschappij, was onder meer de mening toegedaan dat dit besluit tot verkoop de kern raakt van de moedermaatschappij, zodat er naar analogie van artikel 2:107a BW een goedkeuringsrecht voor de AVA bestaat.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat het bepalen van de strategie van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap. De AVA kan haar opvattingen ter zake enkel tot uitdrukking brengen door de uitoefening van de haar in de wet en statuten toegekende rechten. Het bestuur dient weliswaar

aan de AVA verantwoording af te leggen voor het gevoerde beleid, maar is niet verplicht de AVA vooraf in zijn besluitvorming te betrekken, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen.<sup>17</sup>

Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat geen ruimte bestaat voor analoge toepassing van artikel 2:107a BW:

‘Blijkens de parlementaire geschiedenis van voormeld artikel is er bewust voor gekozen om voor de besloten vennootschap geen vergelijkbare bepaling of schakelbepaling op te nemen, zodat artikel 2:107a BW niet overeenkomstig van toepassing kan worden verklaard in een geval als het onderhavige, waarin het een besloten vennootschap betreft.’<sup>18</sup>

De voorzieningenrechter vervolgt deze overweging met het standpunt dat de verkoop van het onroerend goed van een naamloze vennootschap in zijn algemeenheid niet onder de strekking van artikel 2:107a BW valt, omdat de identiteit dan wel het karakter van de vennootschap daardoor niet verandert.<sup>19</sup> Helaas geeft de voorzieningenrechter niet voor de volledigheid aan dat ingeval de verkoop van het onroerend goed in wezen de overdracht van de gehele onderneming inhoudt, het besluit zodanig ingrijpend voor de vennootschap is dat een goedkeuringsrecht van de AVA wel gerechtvaardigd is (art. 2:107a lid 1 onder a BW).<sup>20</sup>

De zaak werd overigens weinig verrassend afgedaan met de overweging dat op grond van de wet aan de AVA van de moedermaatschappij geen goedkeuringsrecht toekomt ter zake van de vervreemding van onroerend goed van een dochter. Ook het beroep op een bepaling in de statuten van de moeder dat het bestuur de goedkeuring behoeft van de AVA voor besluiten tot het vervreemden van onroerende goederen, trof logischerwijs geen doel omdat de statutaire bepaling enkel betrekking had op de vervreemding van onroerende goederen van de moedermaatschappij zelf en niet van haar dochter.<sup>21</sup> Deze situatie is overigens eenvoudig te voorkomen door een dergelijke bepaling in de statuten van de dochtermaatschappij op te nemen en ten aanzien van de moedermaatschappij statutair te bepalen dat het bestuur de voorafgaande goedkeuring van de AVA nodig heeft ingeval het namens de vennootschap een stem uitbrengt op aandelen die door de vennootschap worden gehouden.

### De flex bv en een wettelijk goedkeuringsrecht

Bij de herziening van het bv-recht staat voorop dat de flex bv voor alle categorieën gebruikers een bruikbare rechtsvorm moet zijn, die tegemoetkomt aan de behoeften van de praktijk. De flex bv moet in de woorden van de wetgever een infrastructuur bieden ‘waarin bedrijven de inrichting van de flex bv kunnen

14. W. Bosse, Gevolgen ontbreken goedkeuring algemene vergadering voor ingrijpende bestuursbesluiten (artikel 2:107a lid 2 BW): wetgever contra systeem van de wet en de Hoge Raad, WPNR (2004) 6595, p. 835 en F.E.K. Bentschap Knook, Hoe verhoudt artikel 2:107a BW zich tot het BV-recht?, V&O 2006, p. 138.

15. Kamerstukken II 2003/04, 28 179, nr. 5, p. 19.

16. Vzr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, LJN BF1056. Zie ook de annotatie van Klaassen onder deze uitspraak: A.G.H. Klaassen, Geldt het goedkeuringsrecht van art. 2:107a BW ook voor de AVA van een BV?, Ondernemingsrecht 2009, p. 45-48.

17. Vzr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, LJN BF1056, r.o. 4.4. Zie ook: HR 13 juli 2007, JOR 2007, 178, r.o. 4.3 (ABN Amro).

18. Vzr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, LJN BF1056, r.o. 4.8.

19. Vzr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, LJN BF1056, r.o. 4.8.

20. Klaassen 2009, p. 48.

21. Vzr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, LJN BF1056, r.o. 4.6 en 4.7.

afstemmen op de aard van de ondernemingspraktijken'. Het wetsvoorstel wordt daarom gekenmerkt door minder dwingend en meer regelend recht.

Voorts dient de flex bv niet alleen een bruikbare, maar ook een betrouwbare rechtsvorm te zijn voor de bij de vennootschap betrokken partijen. Het wegnemen van rechtsonzekerheid wordt om die reden dan ook genoemd als een van de uitgangspunten van het wetsvoorstel. Voor de volledigheid zij hier gesteld dat een ander uitgangspunt is het laten vervallen van onnodig belemmerende of ineffectieve regels.

Wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en de AVA blijft het huidige wettelijk kader voor de flex bv in stand. Enkel ten aanzien van artikel 2:239 lid 4 BW is een wijziging voorgesteld. De wetgever is van mening dat deze bepaling op dit moment niet goed aansluit bij de praktijk en dat het onduidelijk is of een concrete instructiebevoegdheid voor de AVA is toegestaan. Laatstgenoemde onduidelijkheid omtrent de toelaatbaarheid van concrete instructies wordt in recente rechtspraak ontweken door de nadruk te leggen op de vraag of het bestuur de gegeven – concrete dan wel algemene – aanwijzingen had mogen opvolgen, gelet op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>22</sup> In het wetsvoorstel is daarom voorgesteld dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap, zonder het onderscheid tussen algemene en concrete aanwijzingen. Het bestuur is vervolgens gehouden de betreffende aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

De bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en de AVA in de voorgestelde regeling van de flex bv brengt dus (wederom) met zich dat discussie mogelijk is ten aanzien van de afbakening van de desbetreffende bevoegdheden. Uiteraard hebben de aandeelhouders van een flex bv de mogelijkheid hun positie te verzekeren door middel van statutaire bepalingen. Ik ben evenwel van mening dat als de wetgever met de flex bv een basisregeling pretendeert te bieden die van toepassing is indien men geen bijzondere statutaire voorzieningen treft,<sup>23</sup> daarin een goedkeuringsrecht van de AVA ten aanzien van bestuursbesluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming behelzen, niet zou mogen ontbreken.

Aan het codificeren van een goedkeuringsrecht van de AVA ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten zijn natuurlijk voor- en nadelen verbonden. Een voordeel van het in de wet opnemen van een goedkeuringsrecht betreft het besef bij het bestuur en de AVA dat een dergelijk goedkeuringsrecht bestaat (*awareness*). Ik sluit namelijk niet uit dat er bestuurders en aandeelhouders zijn die zich niet bewust zijn van het feit dat de bevoegdheden die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de

vennootschap, in principe de AVA toekomen. Voorts kan een wettelijk goedkeuringsrecht een duidelijk kader bieden wat betreft de eventuele interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap ingeval zij een rechtshandeling verrichten zonder de vereiste goedkeuring van de AVA.

Een nadeel van een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA zou kunnen zijn dat het bestuur van de flex bv minder flexibel kan handelen. Er moet bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de organisatie van en de oproeptermijn voor de AVA.<sup>24</sup> Dat daarnaast sprake zou kunnen zijn van overregulering omdat aandeelhouders desgewenst hun positie kunnen verzekeren door middel van statutaire bepalingen,<sup>25</sup> overtuigt mij niet. Zoals gezegd ben ik van mening dat de wettelijke regeling in een basisregeling zou moeten voorzien, waarin ook een bevoegdheidsverdeling met betrekking tot besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap is opgenomen.<sup>26</sup> In de geest van de flex bv zou daarbij wel een afwijkende regeling in de statuten mogelijk moeten zijn.

### Slotsom

Bij het ontwerpen van de regeling ten aanzien van de flex bv is, zoals gezegd, het wegnemen van rechtsonzekerheid een van de uitgangspunten geweest. Het oplossen van knelpunten en onduidelijkheden in de huidige wetgeving wordt ook bij de herziening van het bv-recht meegenomen.

Aan de rechtszekerheid en gewenste duidelijkheid wordt evenwel afbreuk gedaan, indien niet wordt voorzien in een wettelijk goedkeuringsrecht van de AVA ten aanzien van bestuursbesluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming behelzen. Zeker gelet op het feit dat de flex bv een basisregeling wil bieden, die ook zonder bijzondere statutaire voorzieningen een betrouwbare rechtsvorm is, meen ik dat een dergelijk goedkeuringsrecht niet in de wet mag ontbreken. Afwijking bij statuten zou daarbij in de geest van de flex bv wel mogelijk moeten zijn.

22. V.zr. Rb. Den Haag 7 augustus 2002, JOR 2002, 173 (Babcock).

23. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 5.

24. Kamerstukken II 2003/04, 28 179, nr. 5, p. 18.

25. Kamerstukken II 2003/04, 28 179, nr. 5, p. 19.

26. Zie ook Klaassen 2009, p. 47.