

WPNR 2014(7011) Het creëren en de uitgifte van stemrechtloze aandelen als soort aandelen

| | |
|------------------------|--|
| Publicatie | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| Aflevering | 145 afl. 7011 |
| Paginanummers | 253-258 |
| Publicatiedatum | 22 maart 2014 |
| Auteurs | Mr. dr. R.A Wolf, Advocaat te Alphen aan den Rijn en universitair docent aan de Universiteit Leiden en de Universiteit Maastricht (ICGI). (wolf@tk.nl) |

Het creëren en de uitgifte van stemrechtloze aandelen als soort aandelen

1. Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht kent het BV-recht stemrechtloze aandelen.¹ In afwijking van de hoofdregel dat iedere aandeelhouder, gerelateerd aan het nominale bedrag van het aandeel, één stem heeft, kunnen de statuten bepalen dat aan aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden, zo bepaalt art. 2:228 lid 5 BW. Een dergelijke regeling kan slechts worden getroffen ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. De aandelen worden in de statuten als stemrechtloos aangeduid. Uit de wettekst volgt aldus dat de statuten in stemrechtloze aandelen moeten voorzien.

In deze bijdrage staat de vraag centraal op welke wijze stemrechtloze aandelen gecreëerd en uitgegeven kunnen worden. In de rechtspraktijk zijn daarover vragen ontstaan. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat (i) stemrechtloze aandelen direct bij oprichting van de BV een statutaire basis ontvangen en worden geplaatst, en (ii) stemrechtloze aandelen na oprichting van de BV worden gecreëerd. Dat (laatste) kan op twee manieren, namelijk (i) door aan bestaande, gewone aandelen het stemrecht te ontnemen en (ii) door het uitgeven van nieuwe, stemrechtloze aandelen. Meer in het bijzonder is de vraag op welke wijze de statuten van de BV ingericht moeten zijn, wil van op rechtsgeldige wijze gecreëerde stemrechtloze aandelen sprake zijn. Allereerst zal ik stil staan bij de vraag wat stemrechtloze aandelen zijn. Daarna beantwoord ik de vraag of stemrechtloze aandelen van een bepaalde soort of van een bepaalde aanduiding zijn. Het antwoord op deze vraag is van belang voor de correcte inrichting van de statuten. Vervolgens komen de drie hiervoor genoemde mogelijkheden van het creëren van stemrechtloze aandelen aan de orde en ga ik in op welke wijze de statuten in dat kader vormgegeven moeten worden. Ik sluit af met een conclusie.

2. Wat zijn stemrechtloze aandelen?

De wet geeft geen definitie van het stemrechtloze aandeel anders dan de omschrijving van dat aandeel in art. 2:228 lid 5 BW. De wet geeft evenmin een positieve definitie van een aandeel. Art. 2:190 BW bepaalt dat rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten niet als een aandeel worden aangemerkt. Ik definieer het stemrechtloze aandeel als 'een vermogensrecht op naam, in de vorm van een aandeel uitgegeven door de BV, dat kapitaal in de BV vertegenwoordigt, waaraan de rechten² volgens de wet en de statuten zijn verbonden, waaronder het recht - al dan niet beperkt - op winst en/of reserves van die BV, doch aan welk aandeel geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden'.³ Aan stemrechtloze aandelen komt wel stemrecht toe in de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen, als orgaan in de zin van art. 2:189a BW. Aan stemrechtloze aandelen is in beginsel niet het voorkeursrecht ex art. 2:206a BW verbonden.⁴ Aan het stemrechtloze aandeel is wel dwingendrechtelijk vergaderrecht in de zin van art. 2:227 lid 1 BW verbonden. Krachtens art. 2:175 BW moet er altijd ten minste één aandeel met stemrecht worden gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen, zodat besluitvorming in de algemene vergadering mogelijk blijft. Stemrechtloze aandelen kunnen zich in vele gedaanten voordoen, bijvoorbeeld volledig, beperkt of niet winstgerechtigd en volledig, beperkt of niet gerechtigd tot de reserves. Ook zijn (cumulatief) preferente stemrechtloze aandelen mogelijk. Stemrechtloze aandelen zijn in de

praktijk van belang bij situaties waarin een scheiding van de aan het aandeel verbonden zeggenschaps- en financiële rechten wenselijk is.

Te denken is aan financieringsconstructies, joint ventures, bedrijfsopvolging (in familiebedrijven) en (werknemers)participatie.

3. Stemrechtloze aandelen: van een bepaalde soort of van een bepaalde aanduiding?⁵

Uit de tweede volzin van art. 2:228 lid 5 BW volgt dat stemrechtloze aandelen als een bepaalde soort of met een bepaalde aanduiding gecreëerd worden.

Zo kunnen de statuten van een BV bepalen dat er gewone aandelen met aanduiding A en stemrechtloze aandelen met aanduiding B zijn. Als aanduiding kan ook een nummer worden gebruikt.⁶ Op grond van art. 2:194 lid 1 BW moet de soort of de aanduiding van de aandelen in het aandeelhoudersregister worden vermeld.⁷ Aandelen van een bepaalde soort en aandelen met een bepaalde aanduiding zijn twee aparte categorieën, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.⁸ De eerste twee volzinnen van art. 2:178 lid 1 BW bepalen dat de statuten het nominale bedrag van de aandelen vermelden. Indien er aandelen van verschillende soort zijn, dan vermelden de statuten het nominale bedrag van elke soort.⁹ In de literatuur is opgemerkt dat art. 2:178 lid 1 BW alleen spreekt over aandelen van verschillende soort en niet van aandelen van verschillende soort of aanduiding.¹⁰ De minister heeft ervan afgezien in art. 2:178 lid 1 BW ook aandelen van een bepaalde aanduiding toe te voegen, omdat dat de 'beoogde flexibiliteit' niet zou realiseren.¹¹ Naar mijn mening bedoelt de minister daarmee te zeggen dat aandelen van een bepaalde aanduiding niet per definitie *statutair* gecreëerd behoeven te worden. Een besluit van de algemene vergadering en vermelding van de aanduiding in het aandeelhoudersregister ex art. 2:194 lid 1 BW is kennelijk voldoende, bijvoorbeeld indien men na oprichting aan gewone aandelen - reeds bestaande aandelen, in de woorden van de minister - benoemingsrechten wil verbinden. Daarnaast is het ook mogelijk aandelen met een bepaalde aanduiding statutair te creëren, zo begrijp ik de minister. Dat zou inhouden dat een besluit van de algemene vergadering tot statutenwijziging en een statutenwijziging vereist is. Op zich getuigt deze regeling inderdaad van flexibiliteit, in de zin dat met flexibiliteit kennelijk bedoeld is (i) de mogelijkheid zowel in als buiten de statuten aandelen met een bepaalde aanduiding te creëren en bepaalde bevoegdheden aan die aandelen toe te kennen en (ii) weinig formaliteiten op te werpen - indien de aandelen met een bepaalde aanduiding buiten statutair gecreëerd worden - in de zin dat geen statutenwijziging vereist is. Dat laatste is slechts ten dele een voordeel, omdat voor de uitgifte van een *nieuw* aandeel met een bepaalde aanduiding in ieder geval een notariële akte is vereist.¹²

Toch volg ik de minister niet. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bij aandelen met een bepaalde aanduiding oog heeft gehad voor de mogelijkheid aan die aandelen zeggenschap te verbinden, bijvoorbeeld door middel van de benoeming van een bestuurder in de zin van art. 2:242 lid 1 BW.¹³ Met andere woorden: enkel de statuten kunnen de vergadering van aandelen met een bepaalde aanduiding de bevoegdheid toekennen een bestuurder te benoemen, zo volgt tevens uit de wet. Ik wijs ook op het meer algemene art. 2:201 lid 3 BW dat regelt dat de statuten kunnen bepalen dat aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bijzondere rechten als in de statuten omschreven inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden. Voorts noem ik als voorbeeld art. 2:228 lid 4 BW. Voor het creëren van een aandeel met gedifferentieerd stemrecht is een statutenwijziging vereist. Enkel een besluit van de algemene vergadering, inhoudende dat aandelen met een bepaalde aanduiding worden gecreëerd, is in dit kader dus niet voldoende. Dat is verklaarbaar, omdat de rechten en plichten van aandeelhouders steeds uit de statuten moeten blijken, zodat toetredende aandeelhouders exact weten in welke verhoudingen zij terecht komen.

Kortom: indien de wetgever heeft bedoeld dat het mogelijk is buiten statutair aandelen met een bepaalde aanduiding te creëren, heeft die mogelijkheid in het geval dat, bijvoorbeeld, aan die aandelen benoemingsrechten van een bestuurder (art. 2:242 BW) of commissaris (art. 2:252 BW) worden toegekend geen toegevoegde waarde. Het komt mij daarom voor dat de minister ten onrechte aandelen met een bepaalde aanduiding koppelt aan het verlenen van bijzondere bevoegdheden aan de vergadering van houders van aandelen met die aanduiding als orgaan van de vennootschap in de zin van art. 2:189a BW. De kennelijke gedachtegang van de minister dat een bepaalde aanduiding niet in de statuten hoeft te worden vermeld, gaat ook niet op bij (het creëren van) stemrechtloze aandelen.

Art. 2:228 lid 5 eerste volzin BW bepaalt immers dat in afwijking van de leden 1 tot en met 4 van dat artikel **de statuten** kunnen bepalen dat aan aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden, ongeacht of sprake is van een bepaalde soort of aanduiding. Het stemrechtloze aandeel is een aandeel waaraan - in beginsel - geen bijzondere bevoegdheden zijn verbonden.

Uit het voorgaande volgt dat er feitelijk geen verschil bestaat tussen aandelen van een bepaalde soort of aandelen met een bepaalde aanduiding. Aandelen met een bepaalde aanduiding voegen naast de typering soort niets toe. Beter zou zijn de verschillende soorten aandelen van een aparte aanduiding te voorzien, zoals bij letteraandelen in de praktijk al sinds jaar en dag geschiedt. Uit het voorgaande komt eveneens naar voren dat het onderscheid tussen een 'bepaalde soort of aanduiding' wellicht niet van groot praktisch belang is, zij het dat de 'vennootschappelijke techniek'¹⁴ - dat wil zeggen de omschrijving en de inrichting van de statuten - verschilt. Toch is deze kwestie niet geheel academisch. De wet koppelt aan het zijn van 'soort' aandelen diverse gevolgen. Naast het reeds genoemde art. 2:178 BW wijs ik op het voorkeursrecht ex art. 2:206c BW. Dat artikel koppelt het voorkeursrecht aan aandelen van een bepaalde soort.¹⁵ Voor het orgaanbegrip heeft het verschil tussen soort of aanduiding blijkens art. 2:189a BW echter geen gevolgen. Datzelfde geldt voor een besluit tot statutenwijziging als bedoeld in art. 2:231 lid 4 BW. Tot slot, hoe moet het onderscheid tussen een 'bepaalde soort of aanduiding', naast de vennootschappelijke techniek, praktisch worden gezien?

Ik sluit me twijfelend aan bij Nowak & Van den Ingh. Zij stellen dat de verzameling van aandelen van een bepaalde aanduiding als een deelverzameling van de verzameling van aandelen van een bepaalde soort kan worden beschouwd. Binnen een bepaalde aandelensoort kunnen dus andere of extra bevoegdheden aan een aandeel van die soort worden verbonden door het geven van een bepaalde aanduiding, bijvoorbeeld een cijfer of letter, aan dat aandeel.¹⁶ De vraag blijft of dan toch niet sprake is van een aparte soort, juist omdat deze bevoegdheden statutair moeten worden toegekend.

Wellicht kan de aanduiding het beste gebruikt worden om binnen aandelen van een bepaalde soort de houders van die aandelen makkelijk te identificeren, bijvoorbeeld behorende tot een bepaalde familiestaak. Kortom, het verschil tussen een bepaalde soort of een bepaalde aanduiding is vaag¹⁷ en voor de rechtspraktijk minder relevant.

Voor stemrechtloze aandelen geldt derhalve dat dit aandelen van een bepaalde soort zijn. Het verdient vanuit praktisch oogpunt aanbeveling aandelen van een verschillende soort in een BV van een aparte aanduiding te voorzien en binnen die soort de aandelen te nummeren, indien er bijvoorbeeld verschillende aandeelhouders van of binnen een bepaalde soort zijn, zodat zij makkelijk te identificeren zijn. Bijvoorbeeld gewone aandelen A met nummer 1 tot en met 100 en stemrechtloze aandelen B met nummer 1 tot en met 25. Door enkel die nummering (aanduiding) ontstaat echter niet een nieuwe soort aandelen binnen de stemrechtloze aandelen B. Steun voor mijn opvatting dat stemrechtloze aandelen van een bepaalde soort zijn, vind ik daarnaast in de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis. De arresten van de Hoge Raad van 16 december 2011 betroffen twee fiscale kwesties.¹⁸ In beide arresten was een min of meer gelijke vraag aan de orde, namelijk of de vervreemde aandelen tot een aanmerkelijk belang behoorden met als gevolg dat de verkoopopbrengst in de inkomstenbelasting zou moeten worden betrokken.¹⁹

In het eerste geval²⁰ was sprake van gewone aandelen A en converteerbare niet-cumulatief preferente aandelen B. De Hoge Raad overwoog "*dat sprake is van verschillende soorten aandelen (...) indien sprake is van een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap*". De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de aan de aandelen A en B verbonden rechten verschillen ter zake van het stemrecht over de vaststelling en uitbetaling van dividenden en over andere onderwerpen die het kapitaal, de inrichting van de vennootschap en haar vermogenspositie raken. Daarom konden de aandelen A en B niet worden aangemerkt als aandelen van dezelfde soort. In het tweede geval was sprake van een BV met aandelen A, aandelen B en cumulatief preferente aandelen. Aandelen A hadden een hogere nominale waarde dan de aandelen B. Op zowel aandelen A als aandelen B was agio gestort. Daarnaast gaven aandelen A recht op vier stemmen per aandeel. Aandelen B gaven recht op één stem per aandeel. Tot slot, was er een bepaalde rangorde bij ontbinding. Als eerste

gaven de cumulatief preferente aandelen recht op het liquidatiesaldo, daarna kwamen de aandelen A en, tot slot, de aandelen B aan bod. De Hoge Raad besliste in gelijke zin als in de eerste uitspraak. Er is sprake van verschillende soorten aandelen (A en B). Met andere woorden: een verschil in stemrecht tussen aandelen leidt tot het bestaan van aandelen van een afzonderlijke soort.²¹ Anders dan art. 2:228 lid 5 BW kennelijk veronderstelt,²² gaat het dus niet om de *aanduiding* die wordt gebruikt om de verschillende soorten aandelen te kunnen onderscheiden. Essentieel is het verschil in zeggenschaps- en financiële rechten wil sprake zijn van een aparte soort aandelen. Het gevolg van deze arresten is ook dat sneller sprake kan zijn van een soort-aanmerkelijk belang. De minister lijkt dit te onderkennen.²³

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat stemrechtloze aandelen van een bepaalde soort zijn. Zo noemt de memorie van toelichting een aantal voorbeelden van soort aandelen en stelt diezelfde memorie dat aandelen zonder stemrecht moeten worden beschouwd als een aparte soort.²⁴ Dat volgt ook uit de toelichting bij het overgangsrecht. Stemrechtloze aandelen ontstaan pas als daartoe de statuten zijn aangepast.²⁵

Overigens wordt ook in de literatuur de opvatting verdedigd dat stemrechtloze aandelen steeds aandelen van een bepaalde soort zijn.²⁶

4. Uitgifte bij oprichting

Bij oprichting van de BV zal in de akte van oprichting, tevens houdende de statuten van de vennootschap, een bepaling zijn opgenomen over het kapitaal van de vennootschap. Het spoorboekje van art. 2:178 lid 1 BW moet worden gevolgd. De statuten vermelden het nominale bedrag van de aandelen. Zijn er aandelen van verschillende soort, bijvoorbeeld gewone en stemrechtloze aandelen, dan vermelden de statuten het nominale bedrag van elke soort. Indien de statuten bepalen dat er een maatschappelijk kapitaal is, dan wordt het bedrag daarvan vermeld. De akte van oprichting vermeldt het bedrag van het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan. Zijn er aandelen van verschillende soort, dan worden de bedragen van het geplaatste en het gestorte kapitaal uitgesplitst per soort. De akte vermeldt voorts van ieder die bij de oprichting aandelen neemt de in art. 2:196 lid 2 onder b en c BW bedoelde gegevens met het aantal en de soort van de door hem genomen aandelen en het daarop gestorte bedrag.

Concreet regelt een statutaire bepaling over het kapitaal van de BV bijvoorbeeld dat dit kapitaal verdeeld is in gewone aandelen A, elk nominaal groot € 0,01 en stemrechtloze aandelen B, elk nominaal groot € 0,01. Het vermelden van de verschillende soorten aandelen in de bepaling over het kapitaal van de vennootschap is aldus een voorwaarde voor het kunnen uitgeven van die soorten aandelen, zo beschouw ik art. 2:178 BW. De aanduidingen A en B dienen louter praktisch nut.

5. Het ontnemen van stemrecht na uitgifte

De zinsnede in art. 2:228 lid 5 BW "*Een dergelijke regeling kan slechts worden getroffen ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders instemmen (...)*" duidt op de situatie dat in een BV sprake is van gewone aandelen waaraan het stemrecht wordt ontnomen. Dat kan slechts ten dele, omdat anders de BV geen aandelen met stemrecht zou kennen. Dat zou in strijd zijn met de laatste volzin van art. 2:175 BW. Ten minste één aandeel met stemrecht moet worden gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen.

Indien het stemrecht aan het aandeel wordt ontnomen, moeten alle houders van die aandelen daarmee instemmen, zo volgt uit de wettekst. De houders van deze aandelen moeten aldus met de statutenwijziging waarin de regeling over de stemrechtloosheid wordt ingevoerd instemmen. Daarmee wordt voorkomen dat het stemrecht tegen de wil van de aandeelhouder wordt ontnomen.²⁷ De instemming moet worden onderscheiden van het uitoefenen van stemrecht. De wet geeft geen regels op welke wijze ingestemd kan worden, bijvoorbeeld uitdrukkelijk (schriftelijk of mondeling), stilzwijgend of langs elektronische weg. Dat is aldus vormvrij. Een zorgvuldige, schriftelijke vastlegging verdient echter aanbeveling om problemen (achteraf) te voorkomen. Feitelijk is sprake van conversie van gewone aandelen in stemrechtloze aandelen. Daarvoor komen twee manieren in aanmerking.²⁸ De eerste manier is dat in de statuten reeds in de conversie is voorzien. In dat geval zal in de statuten een regeling moeten zijn opgenomen inhoudende de voorwaarden waaronder de stemrechtloze aandelen zullen ontstaan onder - conform art. 2:228 lid 5 BW - aanduiding van die aandelen als stemrechtloos. De voorwaarden

voor conversie zullen objectief bepaalbaar of een tijdsbepaling moeten zijn.²⁹ Daarnaast zal, omdat stemrechtloze aandelen soort aandelen zijn - conform art. 2:178 BW - de nominale waarde van de stemrechtloze aandelen vermeld moeten worden. De tweede manier behelst een statutenwijziging waarbij een of meerdere, doch niet alle, gewone aandelen worden geconverteerd in stemrechtloze aandelen. Naast de instemming met de statutenwijziging van de aandeelhouders aan wiens aandelen het stemrecht wordt ontnomen, zullen de statuten na wijziging zodanig moeten zijn ingericht dat (i) conform art. 2:178 lid 1 BW de soorten aandelen en hun nominale waarde zijn vermeld en (ii) conform art. 2:228 lid 5 BW de stemrechtloze aandelen als stemrechtloos zijn aangeduid. Zoals gezegd, doet die aanduiding geen (aparte) soort ontstaan, doch dient slechts praktisch nut. Alleen het verschil in stemrecht ten opzichte van gewone aandelen in de algemene vergadering doet de nieuwe soort stemrechtloze aandelen ontstaan.

6. Uitgifte na oprichting

Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen het besluit tot uitgifte in de zin van art. 2:206 BW en de uitgifte van het aandeel zelf in de zin van art. 2:196 BW. Art. 2:206 lid 1 BW bepaalt dat de vennootschap slechts ingevolge een besluit van de algemene vergadering na oprichting aandelen kan uitgeven. Art. 2:196 lid 1 BW bepaalt onder meer dat voor de uitgifte van een aandeel een notariële akte is vereist, waarbij de vennootschap en de nemer van de aandelen partij zijn. De uitgifte zelf is aldus een meerzijdige rechtshandeling.³⁰ Er wordt ook wel gesproken van een plaatsingsovereenkomst. Op het moment van plaatsing ontstaat het aandeel. Er is geen sprake van levering van het aandeel.³¹

Een bepaling als *“Het kapitaal van de vennootschap bestaat uit een of meer aandelen van EUR ____ elk. Op deze aandelen kan in de algemene vergadering stemrecht worden uitgeoefend, tenzij bij de uitgifte (onderstreping RAW) is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. De laatsbedoelde aandelen worden in deze statuten als stemrechtloos aangeduid.”*³² voldoet naar mijn mening niet aan de daaraan te stellen eisen.³³

Deze bepaling strookt niet aan het bepaalde in art. 2:178 lid 1 BW. Daarnaast is conform art. 2:228 lid 5 BW geen sprake van een statutaire regeling. Immers, eerst bij de uitgifte wordt bepaald of aan het aandeel stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. Met de woorden: met “bij de uitgifte” zal het besluit tot uitgifte van de algemene vergadering zijn bedoeld. Daarmee wordt echter niet voldaan aan de zinsnede in art. 2:228 lid 5 BW:

“of waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. (onderstreping RAW)”.

De parlementaire geschiedenis stelt dat *“het ontnemen van het stemrecht voorafgaand aan de uitgifte moet plaatsvinden”*.³⁴ Met andere woorden: er is weliswaar sprake van een statutaire regeling, doch de statuten bepalen voorafgaand aan de uitgifte niet dat en welke aandelen stemrechtloos zijn. Daarvoor zullen het besluit tot uitgifte van de algemene vergadering en de notariële akte van uitgifte moeten worden geraadpleegd. Anders gezegd, een orgaan van de vennootschap kan niet eerst *bij uitgifte* bepalen dat en welke aandelen stemrechtloos zijn. De juiste volgorde zou moeten zijn: besluit tot statutenwijziging, statutenwijziging om in de uitgifte van stemrechtloze aandelen te voorzien (aparte soort aandelen), besluit tot uitgifte en akte van uitgifte van stemrechtloze aandelen.

Een variant op de hiervoor genoemde bepaling is de volgende:

“Elk aandeel is nominaal groot € _____. Bij de uitgifte van aandelen kan worden bepaald dat zij geen recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap, deze aandelen worden als winstrechtloos aangeduid. De aandelen met winstrecht worden in deze statuten als gewone aandelen aangeduid. Indien zulks wordt bepaald na uitgifte van het aandeel, is de instemming nodig van de houder van dat aandeel. Tenzij anders blijkt worden in deze statuten steeds beide soorten aandelen bedoeld.”³⁵

Hoewel deze bepaling de uitgifte van winstrechtloze aandelen regelt, kan deze bepaling voor stemrechtloze aandelen van overeenkomstige toepassing zijn. Deze bepaling voldoet aan het bepaalde in art. 2:178 BW, maar niet aan het bepaalde van art. 2:228 lid 5 BW. Er is namelijk niet bepaald dat vóór de uitgifte in de statuten is neergelegd dat aan deze, nadere aangeduide, aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden.

Tot slot noem ik nog de volgende variant, waarbij in de statuten ten aanzien van het aandelenkapitaal slechts is bepaald dat het kapitaal van de vennootschap uit een of meer gewone aandelen bestaat met een nominale waarde van één euro (€ 1,00). In het artikel over besluitvorming is het volgende bepaald:

“1.a. Alle aandelen geven recht op het uitbrengen van een stem, met uitzondering van stemrechtloze aandelen.

b. Stemrechtloze aandelen zijn die aandelen waarvan:

- bij de uitgifte is bepaald door het tot uitgifte bevoegde orgaan dat daaraan geen stemrecht is verbonden of
- de aandelen met [de aanduiding nummers * tot en met *] [een specifieke aanduiding] voor zover de algemene vergadering heeft besloten dat aan die aandelen vanaf dat besluit geen stemrecht is verbonden, zolang dit besluit niet is opgeheven door de algemene vergadering, mits dit besluit is genomen met instemming van de betreffende aandeelhouders.”

De eerste variant onder b voldoet naar mijn mening niet aan zowel het bepaalde in art. 2:178 als in art. 2:228 lid 5 BW, te meer omdat in het artikel over het kapitaal alleen gewone aandelen worden vermeld. De tweede variant onder b voldoet naar mijn mening niet aan de hiervoor besproken tweede vorm van conversie.

De hiervoor gegeven voorbeelden getuigen van flexibiliteit, dat ook een van de doelen van het nieuwe bv-recht is. Helaas laten art. 2:178 en in art. 2:228 lid 5 BW naar mijn mening deze flexibiliteit niet toe. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid verdient de strikte weg van deze twee artikelen aanbeveling.

7. Conclusie

Bij het creëren en uitgeven van stemrechtloze aandelen moet men zich realiseren dat stemrechtloze aandelen van een aparte soort zijn. Het is vanuit praktisch oogpunt aan te raden stemrechtloze aandelen van een aanduiding, bijvoorbeeld een letter of nummer, te voorzien. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat (i) stemrechtloze aandelen direct bij oprichting van de BV worden geplaatst en (ii) stemrechtloze aandelen na oprichting van de BV worden gecreëerd. Dat (laatste) kan op twee manieren, namelijk (i) door aan bestaande, gewone aandelen het stemrecht te ontnemen (conversie van aandelen) en (ii) door het uitgeven van nieuwe, stemrechtloze aandelen. Voor al deze gevallen geldt dat de statuten op grond van art. 2:178 BW het kapitaal van de vennootschap zodanig moeten omschrijven dat de stemrechtloze aandelen als aparte soort worden genoemd en hun nominale waarde wordt vermeld. Daarnaast vereist art. 2:228 lid 5 BW dat de statuten voorafgaand aan de uitgifte van of conversie in stemrechtloze aandelen voorzien in een statutaire regeling dat aan deze (stemrechtloze) aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering toekomt.

Voetnoten

- 1 Zie over stemrechtloze aandelen mijn proefschrift: R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 116, Deventer: Kluwer 2013.
- 2 Te denken valt echter ook aan verplichtingen, bijvoorbeeld in de zin van art. 2:192 of 194 lid 3 BW.
- 3 Wolf 2013 a.w., p. 63.
- 4 Ik acht dat geen gelukkige keuze van de wetgever. Zie Wolf 2013 a.w., p. 204 e.v.
- 5 Zie ook Wolf 2013 a.w., p. 67-73 en R.A. Wolf, Reactie op H. Koster, ‘Aandelen van een bepaalde aanduiding nader beschouwd’, *JBN* 2013/66, in *JBN* 2014/11.
- 6 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 42 (MvT) en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 24 (MvT Invoeringswet).
- 7 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. C, p. 8 (MvA).
- 8 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. E, p. 24 (Nadere MvA I).

- 9 Zie art. 2:21 lid 1 BW voor de mogelijke gevolgen indien de statuten niet aan de wet voldoen. Sinds 1 oktober 2012 schrijft art. 2:178 lid 1 BW niet meer voor dat de statuten ook het aantal aandelen moeten vermelden.
- R.G.J. Nowak & F.J.P. Van den Ingh, 'Besluitvorming in het wetsvoorstel flex-BV', *TvOB* 2007-4, p. 129. F.J. Oranje. 'Orgaanstructuur en bevoegdheden' in: *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (preadvies KNB 2008), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p.
- 10 36-37. Ook vanuit de rechtspraak is dat betoogd, althans opgemerkt. Zie de brief van BDO d.d. 8 november 2011 aan de leden van de Commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer en het antwoord daarop van de minister: *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 16 (MvA I).
- 11 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 16 (MvA I).
- 12 Art. 2:196 lid 1 BW, naast een besluit tot uitgifte ex art. 2:206 lid 1 BW.
- 13 Voor de benoeming van commissarissen geldt een soortgelijke regeling, zie art. 2:252 lid 1 BW. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91 (MvT).
- 14 B. Bier, 'Loyaal aan soorten aandelen', *TOP* 2008-2, p. 66.
- En dus niet aan aandelen van een bepaalde aanduiding. Indien er alleen gewone aandelen in een BV met aanduiding A en B zijn om de beide aandeelhouders in de BV te onderscheiden, is sprake van dezelfde soort aandelen. Het zou onzinnig zijn indien door die enkele aanduiding een voorkeursrecht op aandelen binnen dezelfde soort zou ontstaan.
- 15
- 16 Nowak & Van den Ingh 2007 a.w., p. 130.
- 17 In gelijke zin: C.A. Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:228 BW, aant. 4, Deventer: Kluwer.
- HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7252, *BNB* 2012, 81, m.nt. J.P. Boer en
- 18 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8233, *V-N* 2011/67.7 en *BNB* 2012, 80, m.nt. J.P. Boer.
- 19 In de zin van (thans) art. 4.7 lid 2 Wet IB 2001. In de arresten worden nog art. 20a lid 3 Wet IB 1964 en art. 4.7 Wet IB 2001 aangehaald.
- 20 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8233, *V-N* 2011/67.7 en *BNB* 2012, 80, m.nt. J.P. Boer.
- 21 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. C, p. 3 (MvA).
- 22 Art. 2:228 lid 5 BW, derde volzin: "De aandelen worden in de statuten als stemrechtloos aangeduid."
- 23 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 11 (MvT Invoeringswet) en *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. C, p. 3 (MvA).
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 11 (MvT Invoeringswet). De parlementaire geschiedenis stelt, in fiscale zin - zo begrijp ik, voorts dat niet aan elk aandeel verbonden verschil in rechtspositie leidt tot een afzonderlijke aandelensoort. De verschillen moeten zodanig groot zijn dat het gerechtvaardigd is die aandelen als een afzonderlijke aanmerkelijkbelang soort te behandelen. Een aan een aandeel verbonden kwaliteitseis leidt niet tot een afzonderlijke aanmerkelijkbelang soort. Zie
- 24 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 3-4 (MvA I).
- 25 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 21 (MvT Invoeringswet).
- E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmond e.a., *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 186, p. 318; C.A. Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:228 BW, aant. 4 en 7, Deventer:
- 26 Kluwer; J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht* 2013/127.2 en J.P. Boer in sub 4.4 van zijn noot bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8233, *BNB* 2012, 80.
- 27 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 86 (MvT).
- 28 Zie hierover ook: W. Bosse, 'Conversie van aandelen zonder statutaire grondslag', *JBN* 2014/15.

- 29 Handboek 2013 a.w., nr. 186.1, p. 322. Wolf 2013 a.w., p. 229-230. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 194.
- 30 P. van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 113 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA, *NV en BV - Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 363. Handboek 2013 a.w., nr. 164.1.
- 31 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA, *NV en BV - Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 363.
- 32 Art. 3, keuze 2 van het KNB-model BFLEXBV01, versie 17 mei 2013. Art. 5 lid 1 sub b bepaalt vervolgens dat de algemene vergadering in het besluit tot uitgifte tevens vaststelt of aan de uit te geven aandelen al dan niet stemrecht is verbonden.
- 33 In gelijke zin: W. Bosse, 'De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 2)', *fTV* 2014/7 (par. 7).
- 34 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 86 (MvT).
- 35 Modellen voor de rechtspraak, I.2.56.5, art. 2, Deventer: Kluwer.