

Inrichting van de BV: statuten en aandeelhoudersovereenkomst

Zijn de verwachtingen van de wetgever uitgekomen?
Een terug- en vooruitblik in vogelvlucht

1. Inleiding

Op 1 oktober 2022 is het tien jaar geleden dat de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht in werking trad.¹ In de volksmond wordt ook wel over (de Wet) Flex-BV gesproken. Dat zal ik in deze bijdrage ook doen. Het doel van de wetgevingsoperatie was het stimuleren en faciliteren van het bedrijfsleven; een impuls geven aan de bedrijvigheid in Nederland en de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland voor ondernemingen vergroten.² De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht komt neer op wijzigingen in (voornamelijk) Boek 2 BW. Er is niet bedoeld naast de bv een aparte rechtsvorm (de Flex-BV) te introduceren.³ Destijds beoogde het wetsvoorstel de regels voor bv's eenvoudiger en flexibeler te maken. De bv moest als rechtsvorm een meer eigen karakter krijgen, dat haar duidelijker van de nv zou onderscheiden. Bij de herziening stond voorop dat de nieuwe bv zoveel mogelijk bij de wensen van de (rechts)praktijk zou aansluiten. Zo moesten de mogelijkheden voor aandeelhouders om hun onderlinge verhoudingen te regelen, worden verruimd. Ook moest meer ruimte ontstaan om de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders.⁴ Deze inrichtingsvrijheid en het bieden van maatwerk is door de wetgever onder meer ingevuld door het creëren van vergaande vrijheid bij vormgeving van de statuten. Een van de in het oog springende mogelijkheden in dat kader zijn statutaire verplichtingen op grond van art. 2:192 BW.⁵ Deze bepaling biedt de mogelijkheid om in de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (i) te bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden, (ii) eisen te verbinden aan het aandeelhouderschap en (iii) te bepalen dat de aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen.

Zonder statuten geen bv.⁶ Die bieden aandeelhouders de mogelijkheid om hun onderlinge verhoudingen te regelen. In de praktijk wordt naast de statuten ook veelvuldig gebruikt gemaakt van aandeelhoudersovereenkomsten om die verhoudingen te regelen.



Mr. dr. R.A. Wolf*

In deze bijdrage staan statuten en de aandeelhoudersovereenkomst in vogelvlucht centraal.

* Advocaat bij UdinkSchepel Advocaten in Den Haag en universitair docent ondernemingsrecht aan Maastricht University (ICGI).
(rwolf@udinkschepel.nl)

1. Feitelijk gaat het om twee wetten, namelijk (i) 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), *Kamerstukken 31 058* en (ii) Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Kamerstukken 32 426*.
2. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 1-2 (MvT) en *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 32 426, nr. E, p. 1.
3. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 32 426, nr. E, p. 5.
4. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1-2 (MvT).
5. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 1 (MvT).
6. Art. 2:177 lid 1 BW.

Daarover is al veel geschreven.⁷ Ik ga op deze plaats dat werk niet overdoen of herhalen. De invalshoek van deze bijdrage is te kijken naar de parlementaire geschiedenis bij de Wet Flex-BV, meer in het bijzonder die bij art. 2:192 BW. Op die plaats komt de verhouding tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomst het meest duidelijk naar voren. Aan de hand van een aantal citaten uit de parlementaire geschiedenis bij art. 2:192 BW blik ik in het eerste deel van deze bijdrage terug en ga ik na of de overwegingen van de wetgever van destijds juist zijn gebleken. Daartoe ga ik in paragraaf 2 allereerst in op de afweging op hoofdlijnen bepaalde regelingen in de statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst op te nemen, zoals die onder meer in de parlementaire geschiedenis is gemaakt. Die paragraaf is een opmaat naar paragraaf 3, in welke paragraaf ingegaan wordt op de vraag of, en waarom wel of niet, de besproken afweging in de praktijk ook vorm heeft gekregen. In paragraaf 4 ga ik in op de vraag of er (nog steeds) een strikt onderscheid tussen statuten en de aandeelhoudersovereenkomst bestaat. Het tweede deel van deze bijdrage gaat in op de vraag op welke wijze art. 2:192 BW in het huidige tijdsgewricht dienstbaar zou kunnen zijn (paragraaf 5), of er toch behoefte bestaat aan het variabele stemrecht voor bepaalde besluiten (paragraaf 6) en, tot slot, of statuten toch ook in het Engels mogen worden opgesteld. Ik sluit af met een conclusie.

2. Statuten of aandeelhoudersovereenkomst? Afwegingen op hoofdlijnen

Statuten zijn de eigen fundamentele organisatieregels van de rechtspersoon.⁸ Statuten van een bv worden geregeerd door Boek 2 BW: het vennootschapsrecht. Zij hebben een ‘zeker objectief karakter’⁹ en zijn als het ware het spoorboekje van de vennootschap waar het gaat om de naam, de zetel en het doel van de vennootschap, maar ook ten aanzien van het kapitaal en de inrichting van de vennootschap waar het gaat om haar organen, de bevoegdheden van die organen en de verhouding tussen die organen. De statuten regelen ook de mogelijkheid tot wijziging daarvan en het einde van de vennootschap. Niet alles van het voorgaande hoeft in de statuten te worden opgenomen. Zij kunnen ook korter zijn en zich beperken tot het strikt noodzakelijke. Een aandeelhoudersovereenkomst is een overeenkomst waarin aandeelhouders in een bv hun onderlinge rechtsverhouding regelen. Dat kan in aanvulling, maar ook in afwijking van de statuten van de vennootschap zijn.¹⁰ Boek 2 BW kent geen regeling over de aandeelhoudersovereenkomst, hoewel daarin zo nu en dan naar een overeenkomst of een onderlinge regeling tot samenwerking wordt verwezen. In zekere, doch

7. Bijvoorbeeld: Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2019/99-109, Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *Van de BV en NV*, 2022/67; Van der Heijden/Dortmond, *Handboek* 2013/217.1; Slagter/Assink, *Compendium* 2013/45.3; J.A.M. ten Berg, ‘Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten’, in: W. Bosse c.s., *Statuten geen bezwaar* (Preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, De Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 161-207; J.A.M. ten Berg, ‘De samenwerking van aandeelhouders ten einde’, *WPNR* 2014/7014, p. 257-265; M. van den Bergh en P. Jongen, ‘Praktische aanwijzingen rondom aandeelhoudersovereenkomsten’, *Contracteren* 2015-1, p. 17-23; J.M. Blanco Fernández, ‘Vennootschappelijke werking van stemovereenkomsten’, *Ondernemingsrecht* 1999/6; L. Bosman, ‘De aandeelhoudersovereenkomst en dwingend recht’, *V&O* 2015-5, p. 81 e.v.; M.J.R. Brons, ‘Shoot-out clauses bij 50/50-BV’s’, *MvO* 2017-3&4, p. 117-122; S.A. Kruisinga, ‘Statuten of aandeelhoudersovereenkomst?’, *WPNR* 2016/7124, p. 849; R. de Leeuw, ‘Rechtsgeldigheid en doorwerking van een aandeelhoudersovereenkomst in de persoonsgebonden BV: een stappenplan voor de praktijk’, *MvO* 2016-10&11, p. 240-251; W.B. Meijer, ‘De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap’, *V&O* 2012-7, p. 128-133; H.J. ter Meulen, ‘Aandeelhoudersovereenkomst: van doorwerking en besluiten tot ontslag van een bestuurder’, *TOP* 2015(3)/270; R.G.J. Nowak, ‘Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken’, *WPNR* 2014/7014, p. 242-249; G.M. Portier, ‘Statutaire aanbiedingsverplichtingen en prijsbepalingsregelingen’, *TOP* 2013-6, p. 227-230; Chr.M. Stokkermans, ‘Statuten en aandeelhoudersovereenkomst in balans’, *WPNR* 2021/7314, p. 165-173; L.J.E. Timmer, ‘Contractuele informatierechten in overnamecontracten en aandeelhoudersovereenkomsten’, *Contracteren* 2017-4, p. 118-126; W.J.M. van Veen, ‘Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na ‘Cancun’, *Ondernemingsrecht* 2015/88; W.J.M. van Veen, ‘Opnieuw: contractuele ontslagregelingen, doorwerking en het belang van de vennootschap’, *WPNR* 2016/7089, p. 20-23; E.G. Vorst, ‘Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist’, *WPNR* 2013/6979, p. 447-457; P.P. de Vries, ‘Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht’, *Ondernemingsrecht* 2012/19; P.P. de Vries, ‘Statuten en incorporation reference’, *WPNR* 2014/7014, p. 350-356 en R.A. Wolf, ‘Het maatpak van statutaire eisen en verplichtingen. Een reactie’, *JBN* 2016/11. Op tal van deelaspecten van de aandeelhoudersovereenkomst zijn specifieke bijdragen in de literatuur verschenen, bijvoorbeeld: Drag along-bepalingen: A. van Meurs, ‘Een drag along: statutair, contractueel of een combinatie van de ‘drietrapsregeling’ op grond van art. 2:192 BW? (I)’, *WPNR* 2014/7039, p. 1088-1098 en A. van Meurs, ‘Een drag along: statutair, contractueel of een combinatie van de ‘drietrapsregeling’ op grond van art. 2:192 BW? (II, slot)’, *WPNR* 2014/7040, p. 1116-1123. Over de verhouding tussen art. 2:192 en art. 2:195 BW verwijs ik bijvoorbeeld naar: A. van Meurs, ‘Statutaire beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen op maat: op grond van art. 2:195 lid 4 BW en/of art. 2:192 lid 1 BW?’, *WPNR* 2016/7107, p. 369-379 en A. van Meurs, ‘Bescherming van de (minderheids)- aandeelhouder tegen het opleggen van statutaire beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen.’, *WPNR* 2016/7122, p. 806-815.
8. Asser/*Kroeze 2-I* 2021/174.
9. Asser/*Kroeze 2-I* 2021/175.
10. Het verdient aanbeveling in de aandeelhoudersovereenkomst een bepaling op te nemen dat de aandeelhoudersovereenkomst in gevallen van uitleg of tegenstrijdige bepalingen boven de statuten prevaleert.

beperkte mate regelt Boek 2 BW de aandeelhoudersovereenkomst dus wel.¹¹

Vaak bevat een aandeelhoudersovereenkomst ook een stemovereenkomst. Die laatste overeenkomst regelt op welke wijze de aandeelhouders hun stemrecht uitoefenen, bijvoorbeeld om impasses in de besluitvorming of het vormen van een machtspositie in de algemene vergadering te voorkomen.¹² Een in de praktijk veel voorkomend onderdeel van de stemovereenkomst is de bepaling dat de andere aandeelhouders bij de benoeming van een functionaris (bestuurder of commissaris) op voordracht van de ene aandeelhouder voor die benoeming stemmen.¹³ Ook andere onderwerpen komen in een aandeelhoudersovereenkomst voor, zoals besluitvorming, informatieverstrekking, dividendbeleid, financiering van de vennootschap, aanbiedingsverplichtingen, prijsbepalingsregelingen, vertrouwelijkheid, non-concurrentie en geschillenregelingen. Aandeelhoudersovereenkomsten, ook wel joint-ventureovereenkomsten genoemd, worden primair beheerst door het verbintenissenrecht. De parlementaire geschiedenis gaat in op de keuze tussen opname van een regeling in de statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst.¹⁴ Deze en andere afwegingen spelen een rol:

- a. Statuten kunnen worden gewijzigd door een besluit van de algemene vergadering, waarvoor de voorgeschreven meerderheid is vereist. Kiezen aandeelhouders voor een overeenkomst, dan geldt deze in beginsel slechts tussen partijen en kan deze slechts gewijzigd worden met instemming van alle partijen;
- b. Statutaire regelingen gelden ook voor later toetredende aandeelhouders. Door toe te treden als aandeelhouder van de vennootschap verbinden zij zich tot de in de statuten neergelegde verplichtingen. Bij een aandeelhoudersovereenkomst is dit anders. De instemming van alle contractspartijen is vereist;
- c. Statuten zijn via het handelsregister openbaar. Een aandeelhoudersovereenkomst is in beginsel niet openbaar;
- d. Statutaire regelingen kunnen goederenrechtelijke werking hebben. Een statutaire beperking van de overdracht van aandelen leidt er bijvoorbeeld toe dat een aandeelhouder zijn aandelen niet zonder inachtneming van de statuten kan overdragen. Een contractuele beperking leidt daarentegen niet tot de ongedigheid van de overdracht,¹⁵ maar tot wanprestatie jegens de andere contractspartijen, inclusief eventuele contractuele sancties, zoals een aanbiedingsverplichting en/of boete;
- e. Het niet-naleven van een statutaire verplichting, anders dan bij verplichtingen die voort-

vloeien uit een aandeelhoudersovereenkomst, kan worden onderworpen aan vennootschapsrechtelijke sancties, zoals het opschorten van het stemrecht, het recht op uitkeringen en/of¹⁶ het vergaderrecht;

- f. Een aandeelhoudersovereenkomst is vormvrij. Uiteraard verdient het aanbeveling die overeenkomst op schrift te zetten, maar anders dan bij statuten en de wijziging daarvan, is niet de tussenkomst van een notaris vereist;
- g. Statuten moeten in het Nederlands zijn.¹⁷ Dat is bij een aandeelhoudersovereenkomst niet zo. Op die overeenkomst kan buitenlands recht van toepassing worden verklaard;
- h. Bij de uitleg van statuten staat in beginsel de taalkundige uitleg voorop. Bij de uitleg van een aandeelhoudersovereenkomst geldt de Haviltexnorm.¹⁸

11. Zie bijvoorbeeld art. 2:24a lid 1 BW (dochtervennootschap), waar het gaat om een stemovereenkomst. Zie ook art. 2:181 lid 4 BW dat naar een overeenkomst verwijst die een regeling bevat voor de waardebeoordeling van aandelen en art. 2:337 BW dat naar een overeenkomst verwijst die een regeling bevat voor de oplossing van geschillen. De onderlinge regeling tot samenwerking wordt, bijvoorbeeld, genoemd in art. 2:265 lid 1 sub b en BW waar het gaat om het verzwakte structuurregime. De onderlinge regeling tot samenwerking moet volgens de toelichting bij de regeling van het verzwakte regime steeds een stemovereenkomst tussen aandeelhouders bevatten wil deze kwalificeren voor dat regime. Zie hierover: C.A. Schwarz, 'Certificering van aandelen als onderlinge regeling tot samenwerking tussen aandeelhouders?', *S&V* 2002-2, p. 44-51.
12. Zie verder bijvoorbeeld: *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/99-104.
13. Statutair kan dat ook op andere wijze worden vormgegeven. Bijvoorbeeld door verschillende aandelen met een bepaalde aanduiding te creëren, inclusief een orgaan als bedoeld in art. 2:189a BW. Aan dat orgaan, bijvoorbeeld de vergadering van houders van aandelen met aanduiding A, wordt vervolgens de bevoegdheid toegekend op de voet van art. 2:242 BW een bestuurder te benoemen.
14. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 15-16 (MvT).
15. Vgl. art. 2:195 lid 4 BW.
16. Art. 2:192 lid 4 BW. De statuten kunnen ook voorzien in de opschorting van een deel van deze rechten. Zie: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 47 (MvT).
17. Art. 2:176 BW.
18. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/181-183. E.G. Vorst, 'Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist', *WPNR* 2013/6979, p. 447-457, meer in het bijzonder par. 6. D.F.M.M. Zaman & S.A. Kruisinga, 'Uitleg van statuten', *TvOB* 2014-6, p. 182-191. R.G.J. Nowak, 'Uitleg van jointventurestatuten: Haviltex met een scheutje CAO of andersom?', *MvO* 2019/8-9, p. 251-256, en recent K.H.M. de Roo, 'Aard en uitleg van statuten', *WPNR* 2022/7382, p. 589-598. Zie recente rechtspraak over uitleg: Hof Amsterdam 18 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:148, *JOR* 2022/142, m.nt. P.H.N. Quist en Rb. Gelderland zp Arnhem 19 januari 2022, *JOR* 2022/143, m.nt. P.H.N. Quist.

3. Statuten of aandeelhoudersovereenkomst: parlementaire geschiedenis versus praktijk

In paragraaf 2 ging ik in op de keuze tussen opname van een regeling in de statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst. Dat is onder meer afhankelijk van de verschillende rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden en een kwestie van smaak. Daarbij komt dat bij de invoering van de Wet Flex-BV hard en langdurig is gehamerd op het feit dat er geen administratieve kosten aan de invoering waren verbonden voor het bedrijfsleven en dat niemand gehouden zou zijn de statuten van zijn bv bij inwerkingtreding van de wet te wijzigen. Deze benadering heeft ertoe geleid dat veel van de mogelijkheden die werden geboden niet snel of zelfs helemaal niet werden benut en dat men, in plaats van gebruik te maken van de mogelijkheden die bijvoorbeeld art. 2:192 BW bood, op de oude voet voortging met het opstellen van aandeelhoudersovereenkomsten. Meer in het algemeen is in de parlementaire geschiedenis over de creatie van die statutaire verplichtingen ook te lezen:

*“Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk dat niet alleen verplichtingen jegens de vennootschap, maar ook verplichtingen tussen aandeelhouders in de statuten worden opgenomen (artikel 192). Dergelijke statutaire verplichtingen kunnen bij de oprichting worden opgenomen of op een later moment via een statutenwijziging worden ingevoerd. Een statutaire verplichting tussen aandeelhouders op grond van artikel 192 heeft een vennootschapsrechtelijk karakter en moet dus worden onderscheiden van een «gewone» aandeelhoudersovereenkomst.”*¹⁹

Dat lijkt een opmaat te zijn naar de volgende overweging van de wetgever:

“Doordat het wetsvoorstel meer ruimte biedt voor statutaire regelingen, zal er in de praktijk naar verwachting minder vaak behoefte bestaan aan aanvullende overeenkomsten. Het voorgestelde artikel 192 biedt de mogelijkheid om verplichtingen tussen aandeelhouders in de statuten op te nemen. Voor derden hebben statutaire regelingen als voordeel dat de in een vennootschap geldende afspraken voor de buitenwereld kenbaar zijn. Opname in de statuten komt bovendien de rechtszekerheid ten goede, omdat ook nieuw toetredende aandeelhouders gebonden zijn aan statutaire regelingen.” (onderstreping RAW).²⁰

De Expertgroep De Kluiver verwoordde eerder hetzelfde in haar rapport:

“Wat betreft de vragen die aandeelhoudersovereenkomsten oproepen is overigens uitgangspunt voor de Expertgroep dat veel van hetgeen nu

*noodzakelijkerwijze in een aandeelhoudersovereenkomst moet worden geregeld – omdat de wet statutaire regeling niet toelaat – onder het aanbevolen BV-recht wel in statuten kan worden vevat. De noodzaak om aandeelhoudersovereenkomsten op te stellen, daarnaar in statuten te verwijzen c.q. daarvoor nadere regels te stellen zal derhalve afnemen.”*²¹

Het voordeel van een statutaire verplichting tussen aandeelhouders is dat een dergelijke verplichting op grond van art. 2:192 BW een vennootschapsrechtelijk karakter heeft en dat daaraan de eerder genoemde vennootschappelijke sancties kunnen worden verbonden. Uit de opmaat die daarop volgt, kan worden afgeleid dat de wetgever dacht dat na invoering van de Wet Flex-BV het gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten in de praktijk door de ruimere mogelijkheden van art. 2:192 BW zou afnemen.

De openbaarheid van statuten ziet de wetgever als voor- en nadeel.²² En in die openbaarheid zit het knelpunt. Ik heb geen uitgebreid empirisch onderzoek gedaan, maar ik durf te stellen dat tien jaar na de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV in de rechtspraktijk niet minder vaak behoefte is aan aandeelhoudersovereenkomsten. Zoals hierboven in paragraaf 2 is opgemerkt, staat art. 2:192 BW er niet aan in de weg dat de niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst in de statuten wordt gesanctioneerd met opschorting van aandeelhoudersrechten, eventueel versterkt met een verplicht aanbieden van aandelen, gecombineerd met een kwaliteitseis aan het aandeelhouderschap. In die zin wordt dankbaar gebruik gemaakt van de mogelijkheden die art. 2:192 BW biedt, en wel juist in combinatie met een aandeelhoudersovereenkomst waarin een en ander nader is uitgewerkt.

19. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 15-16 (MvT).

20. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 20 (NV II).

21. “Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht”, Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken van 6 mei 2004, p. 4, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-31058-3-b1.pdf>.

22. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 20 (NV II) en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 16 (MvT).

Een dergelijke, statutaire regeling kan, bijvoorbeeld, als volgt zijn uitgewerkt:

“Aandeelhouders kunnen alleen zijn zij die partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Als zij geen partij (meer) bij die overeenkomst zijn en/of in verzuim zijn met de nakoming van zijn/hun verplichtingen onder de aandeelhoudersovereenkomst, dan zijn de rechten verbonden aan aandelen, die door de betreffende aandeelhouder(s) worden gehouden, opgeschort en moet(en) de betreffende aandeelhouder(s) zijn/hun aandelen aanbieden conform het in artikel XX van deze statuten bepaalde. De algemene vergadering kan met algemene stemmen in een vergadering waarin alle aandeelhouders aanwezig of vertegenwoordigd zijn ontheffing van deze bepaling, geheel of gedeeltelijk en/of onder voorwaarden, verlenen.”

Uit het voorgaande volgt al dat statuten en aandeelhoudersovereenkomsten maatwerk zijn. Dat wordt ook benadrukt door het arrest van hof Den Bosch van 11 december 2014, dat redelijk kort na de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV is geweest.²³ Het ging in dit arrest om een joint venture-bv met twee aandeelhouders. De meerderheidsaandeelhouder ging failliet en was daardoor statutair verplicht zijn aandelen aan te bieden. Dat deed de curator eerst niet en vervolgens wel. Na die laatste keer benoemde de curator zich (andermaal) tot bestuurder van de joint venture-bv. De minderheidsaandeelhouder vond dat de aandeelhoudersrechten van de curator waren opgeschort totdat de aanbiedingsprocedure volledig was doorlopen. De curator stelde zich op het standpunt dat als hij eenmaal aan zijn aanbiedingsplicht had voldaan op dat moment de aandeelhoudersrechten weer herleefden, ook al was de aanbiedingsprocedure nog niet afgerond. Hij vond steun in de tekst van art. 2:192 lid 4 BW. Het hof gaf de curator gelijk door middel van een taalkundige uitleg van de statuten en vanwege de wettekst en de bedoeling van de wetgever.²⁴ Terzijde merk ik op dat in de notariële wereld soms wordt aangenomen dat statutair zou kunnen worden bepaald dat in een bepaalde situatie, bijvoorbeeld de verkrijging van aandelen anders dan door overdracht, de rechten van die nieuwe aandeelhouder terstond zouden kunnen worden opgeschort. Ik zou menen dat, aansluitend bij de bepaling in dit verband in de Departementale Richtlijnen 1986, een dergelijke opschorting eerst mogelijk is wanneer de nieuwe aandeelhouder in gebreke is met het voldoen aan zijn aanbiedingsverplichting, en uit het voor besproken arrest van het hof Den Bosch vloeit dus voort dat wanneer hij voldoet aan die verplichting zijn rechten aan het aandeelhouderschap verbonden niet langer (kunnen) zijn opgeschort.

Naar aanleiding van dit arrest deden Wilod Versprille en Van der Heijden²⁵ de aanbeveling in voorkomend geval een ‘dubbeldekker’ in de statuten van de vennootschap op te nemen: (i) een kwaliteitseis die bepaalt dat aandeelhouders van de bv slechts kunnen zijn partijen die niet failliet zijn en als zij failliet zijn dat het stemrecht, het vergaderrecht en het recht op uitkeringen zijn opgeschort, en (ii) een aanbiedingsverplichting van de door de aandeelhouder gehouden aandelen ingeval van faillissement. De dubbeldekker kan worden versterkt met een volmacht als bedoeld in artikel 2:192 lid 5 BW.

Ik onderschreef die aanbeveling eerder.²⁶ Ik wees er ook op dat de dubbeldekker ook moet voorzien in de behandeling van een change of control-situaties binnen de rechtspersoon-aandeelhouder, omdat – mede vanwege fiscale redenen, aandelen in de praktijk vaak door een holding worden gehouden. De huidige control binnen de rechtspersoon-aandeelhouder is de statutaire kwaliteitseis. Het niet meer voldoen daaraan levert opschorting van de aandeelhoudersrechten en een aanbiedingsverplichting op. Gedacht kan worden aan de volgende change of controlsituaties: overdracht van aandelen, het vestigen van beperkte rechten en het verlenen van een optierecht op de aandelen, het aangaan van stemovereenkomsten of het verstrekken van volmacht tot het uitoefenen van het stemrecht, het uitgeven van aandelen aan derden, het wijzigen van het statutaire bestuur etc. Anders gezegd, het gaat om een situatie waarin de DGA in de rechtspersoon-aandeelhouder op aandeelhouders- en bestuursniveau niet meer de doorslaggevendende zeggenschap heeft. In de praktijk vindt men veel verschillende change

23. ECLI:NL:GHSHE:2014:5207, JOR 2015/95, m.nt. Nowak. Bekrachtigd door HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3012.

24. R.o. 3.7.5.1. Zie ook *Kamerstukken II 2006/07*, 31058, nr. 3, p. 55 (MvT): “De statutaire opschorting van rechten ziet dus mede op de situatie waarin de aandeelhouder slechts in verzuim is ten aanzien van de aanbiedingsplicht.”

25. A.H.G. Wilod Versprille & B.G.C. van der Heijden, ‘Stemrecht en vergaderrecht op aandelen na het ontstaan van een aanbiedingsplicht’, *JBN* 2015/53.

26. R.A. Wolf, ‘Het maatpak van statutaire eisen en verplichtingen, een reactie’, *JBN* 2016/11. Deze paragraaf is deels een bewerking van die bijdrage en voor de praktijk nog zeer relevant.

of controlbepalingen. Er is niet altijd sprake van overdracht, maar van een verlies van vrij ‘beheer’ van aandelen in deze vennootschap. Dat kan zich ook voordoen bij een natuurlijk persoon. Denk aan onder curatele of onder bewindstelling of het van toepassing verklaren van de WSNP. Als een natuurlijk persoon aandelen in de bv houdt, zal naar mijn mening niet in alle gevallen de dubbeldekker opgaan. Wél als op de natuurlijke persoon de WSNP van toepassing wordt verklaard, maar niet in geval van overlijden. In dat laatste geval is sprake van een gebeurtenis waarbij van rechtswege opvolging onder algemene titel plaatsvindt. De erfgenamen van de aandeelhouder gaan op het moment van overlijden de aandelen in de bv houden. Een kwaliteitseis (onderdeel i van de dubbeldekker) dat de aandeelhouder in leven moet zijn (naar analogie van niet failliet zijn voor de bv), werkt dus niet. De aanbiedingsplicht wegens overlijden (onderdeel ii van de dubbeldekker) werkt wel en wordt ook in de parlementaire geschiedenis genoemd,²⁷ maar alleen in het geval dat de erfgenamen niet aanbieden dus in gebreke zijn met het naleven van de regeling waarna de rechten aan het aandeel verbonden kunnen worden opgeschort. Bieden zij wel aan, dan is – zoals eerder opgemerkt – er geen sprake (meer) van opschorting van de aandeelhoudersrechten.

Overigens levert de change of controlbepaling wel eens een ongelukkige uitkomst op. In de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 20 maart 2018.²⁸ Het ging om twee DGA's die ieder indirect 50% van de aandelen in Apotheek Eemnes hielden. Er was sprake van een statutaire aanbiedingsverplichting ingeval van een change of control op holdingniveau. Een van de DGA's certificeerde zijn aandelen in zijn holding en werd enig certificaathouder en enig bestuurder van de STAK. De andere DGA wees vervolgens op de statutaire aanbiedingsverplichting inclusief opschorting van aandeelhoudersrechten, waardoor hij kans zag de certificerende DGA als bestuurder te ontslaan. Het hof legde een statutaire aanbiedingsverplichting ingeval van een change of control taalkundig uit. Alle verweren ten spijt moest de certificerende DGA (en ondanks decertificering lopende de procedure) zijn aandelen aan de andere DGA aanbieden. Kennelijk was de chemie in de apotheek verdwenen. Wil men problemen als deze vermijden, dan is het raadzaam bij het formuleren van change of controlbepalingen op situaties als deze bedachtzaam te zijn en te bepalen of, en zo ja op welke wijze, bij certificering wel of geen sprake is van change of control.

Ik denk aan vier mogelijkheden om de hiervoor besproken problematiek op te lossen:

1. Een statutaire kwaliteitseis dat slechts aandeelhouders van de vennootschap kunnen zijn zij die op grond van levering onder bijzondere titel of door uitgifte aandelen in de vennootschap hebben verkregen (en niet, als negatief geformuleerde kwaliteitseis, verkrijging door overgang van aandelen krachtens erfrecht en/of huwelijksvermogensrecht – verkrijging krachtens juridische fusie of splitsing blijven buiten deze kwaliteitseis) en als zij dat niet zijn (i) het stemrecht, het vergaderrecht en het recht op uitkeringen op de door hun gehouden aandelen zijn opgeschort, en (ii) zij gehouden zijn hun aandelen aan te bieden;
2. Een statutaire kwaliteitseis dat slechts aandeelhouders van de vennootschap kunnen zijn zij die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst²⁹ en een statutaire aanbiedingsverplichting in het geval van rechtsopvolging onder algemene titel, te versterken met een opschorting van de aandeelhoudersrechten als bedoeld in artikel 2:192 lid 4 BW als aan de statutaire eis en de aanbiedingsverplichting niet (meer) wordt voldaan. Datzelfde geldt als in de statuten een bepaalde hoedanigheid (bijvoorbeeld een beroep) als kwaliteitseis is opgenomen en de erfgenaam voldoet niet aan die kwaliteitseis (de erfgenaam heeft niet hetzelfde beroep als de erflater).³⁰ Bovendien is in de aandeelhoudersovereenkomst een bepaling opgenomen dat die overeenkomsten aanzien van de aandeelhouder van rechtswege eindigt op het moment van zijn overlijden zonder dat daartoe opzegging of een andere rechtshandeling vereist is. Deze bepaling ‘doorbreekt’ de rechtsopvolging onder algemene titel.

Voordat ik inga op de twee andere, mogelijke oplossingen sta ik stil bij de opschorting van de aandeelhoudersrechten, zoals bedoeld in artikel 2:192 lid 4 BW. Het gaat daarbij om het

27. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 1 (NV II).

28. ECLI:NL:GHARL:2018:260, *JOR* 2018/175, m.nt. R.A. Hagens. In cassatie afgedaan met art. 81 RO, zie HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1688, *JOR* 2020/25, m.nt. J.A.M. ten Berg.

29. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 1 (NV II).

30. De erfgenaam volgt de erflater onder algemene titel op. Dat houdt in dat hij ook gebonden is aan de aandeelhoudersovereenkomst die de erflater is aangegaan. Vervolgens doet de statutaire aanbiedingsregeling haar werk.

stemrecht, het recht op uitkeringen en/of het vergaderrecht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou gekozen kunnen worden voor een bepaling waarin alle of een of meerdere van deze rechten worden opgeschort indien niet aan de statutaire eis en/of verplichting wordt voldaan.³¹ Zo zou in het geval de DGA komt te overlijden niet het recht op uitkeringen van de echtgenoot of van de kinderen worden opgeschort, maar wel het stemrecht en, als de andere aandeelhouders van meet af aan het vergaderen met de wederhelft niet zien zitten, ook het vergaderrecht.

Als ik als uitgangspunt neem dat het stemrecht van alle aandeelhoudersrechten het meest wezenlijke recht is om besluitvorming te beïnvloeden, kan gedacht worden aan de volgende twee oplossingen in de lijn van vier:

3. Een conversie van (gewone) aandelen in stemrechtloze aandelen als het aandeelhouder-schap van de erfgenamen niet bezwaarlijk is. De erfgenaamaandeelhouder kan in dat geval wel het aan de stemrechtloze aandelen verbonden recht op uitkeringen en het vergaderrecht in de algemene vergadering uitoefenen. Hij ontbeert echter het stemrecht in die vergadering. De conversie vindt plaats op het objectief vast te stellen moment van overlijden van de aandeelhouder en aanvaarding van de nalatenschap door de erfgenaam. Als er bijvoorbeeld twee DGA's deelnemen in het aandelenkapitaal kunnen de aandelen gehouden door de ene DGA van aanduiding A en de aandelen gehouden door de andere DGA van aanduiding B voorzien worden. Zo kan in een statutaire conversieregeling van de aandelen met deze aanduidingen worden voorzien.³² Voordelen van een conversie zijn dat (i) het soms langdurige traject van prijsbepaling en (ii) het gebrek aan de noodzakelijke liquiditeit bij de andere aandeelhouder(s) voor de overname van de aandelen wordt voorkomen;
4. Een stemovereenkomst (eventueel versterkt met een boetebeding). De stemovereenkomst zou ertoe moeten strekken dat de erfgenamen van de aandeelhouder hun stem op de krachten erfrecht verkregen aandelen uitbrengen conform de instructie van de andere aandeelhouders. Deze oplossing is de minst sluitende oplossing. In de eerste plaats, omdat permanente stembinding volgens de heersende opvatting ongeoorloofd lijkt te zijn, hoewel ook wordt betoogd dat dit afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.³³ In de tweede plaats, zou permanente stembinding wel geoorloofd zijn en/of wordt een mildere vorm van stembinding overeengekomen, dan blijft uit-

gangspunt dat een stem uitgebracht in strijd met een stemovereenkomst geldig is.³⁴ Het is de vraag of de stemovereenkomst altijd vennootschappelijke doorwerking heeft, en, of een vernietigingsvordering ex artikel 2:15 jo. 8 BW van een besluit genomen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst kans van slagen heeft.³⁵ Rechtspraak laat zien dat dit niet altijd tot succes leidt.³⁶

4. Statuten of aandeelhoudersovereenkomst: strikt onderscheid?

In paragraaf 2 ging ik in op het onderscheid tussen de statuten en een aandeelhoudersovereenkomst. De opsomming die ik op die plaats maakte, is (deels) ontleend aan de parlementaire geschiedenis.³⁷ Waar het gaat om de niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst en de opschorting van aandeelhoudersrechten merkte de wetgever bij de behandeling van art. 2:192 lid 1 onder c BW op:

“Dat onderscheid is op p. 16 van de memorie van toelichting bij nadere beschouwing wat al te strikt weergegeven. Het verbod op incorporation by reference is erop gericht te voorkomen dat toekomstige aandeelhouders automatisch gebonden zouden worden aan regelingen die niet in de statuten zijn opgenomen en daardoor niet naar buiten toe kenbaar zijn. De voorgestelde wettelijke regeling staat er niet aan in de weg dat de statuten bepalen dat de niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst wordt gesanctioneerd met de opschorting van

31. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 47 (MvT).

32. Vgl. R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie VHI deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 229-230.

33. *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme* 2IIb 2019/103 en 104.

34. HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (*Wennex*). Zie recent over dit arrest: L.H. Fennema & A.C.W. Pijls, 'Een herbezinning op het *Wennex*-arrest', *TvOB* 2022-4, p. 120-131. HR 29 november 1996, *NJ* 1997/345 (*Landinvest/Chipshol*) en HR 29 september 2006, *NJ* 2006/639 (*The Mill Resort*).

35. *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme*-2IIb 2019/107 en 108. Daarbij voorgaande moeten de grenzen aan een stemovereenkomst uiteraard in acht genomen worden en ligt het gevaar van nietigheid van die stemovereenkomst wegens strijd met dwingend recht op de loer. Zie: *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme* 2-IIb 2019/102-104.

36. Bijvoorbeeld hof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 (*Kekk/Delfino II*), waarbij het hof tot een ander oordeel dan de rechtbank kwam en Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:5677*. Uit deze uitspraken volgt dat (uiteindelijk) het vennootschappelijk belang prevaleert.

37. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 15-16 (MvT).

aandeelhoudersrechten. De materiële inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst wordt daarmee nog geen onderdeel van het vennootschapsrechtelijke kader. Omdat toekomstige aandeelhouders niet automatisch zijn gebonden door de overeenkomst en de daaraan verbonden sancties, is het niet bezwaarlijk dat de aandeelhoudersovereenkomst niet in de statuten zelf staat en daardoor voor derden niet kenbaar is.” (onderstreping RAW).³⁸

Het gaat mij om de onderstreepte zin van het citaat. Het gehele citaat moet worden gezien in het licht van het verbod op incorporation by reference:

“Een verwijzing naar een aandeelhoudersovereenkomst in de statuten, ook wel incorporation by reference genoemd, wordt niet toegestaan. Dit betekent dat men niet een vennootschapsrechtelijk karakter aan een aandeelhoudersovereenkomst kan toekennen door een verwijzing naar die overeenkomst op te nemen in de statuten.”³⁹

De statuten kunnen dus niet een bepaalde regeling aan de aandeelhoudersovereenkomst overlaten door enkel ten aanzien van het onderwerp van die regeling te verwijzen naar de aandeelhoudersovereenkomst. De praktijk worstelt met dit verbod, meer in het bijzonder waar de grens ligt.⁴⁰ Ik laat dat onderwerp op deze plaats voor wat het is.

Ik wijs wel op de andere kant van de medaille van het verbod, namelijk de vennootschappelijke doorwerking van een aandeelhoudersovereenkomst. Dat leerstuk houdt in dat een besluit van de algemene vergadering dat in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst is genomen, in strijd kan zijn met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Op die grond kan een dergelijk besluit worden vernietigd. In de literatuur en rechtspraak is doorwerking in algemene zin aanvaard.⁴¹ In die zin – en daarmee stel ik vraagtekens bij de onderstreepte zin – is de materiële inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst onderdeel van, althans heeft invloed op, het vennootschapsrechtelijke kader, daar waar het gaat om bestaande aandeelhouders die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst.⁴² Die tendens was vanwege het leerstuk van doorwerking voor de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV zichtbaar⁴³ en is nadien versterkt.⁴⁴

5. Duurzaamheid en maatschappelijke onderneming

In de parlementaire geschiedenis zijn voorbeelden genoemd van statutaire verplichtingen in de zin van art. 2:192 lid 1 onder a BW. Bijvoorbeeld

een verplichting tot bijstorting (onder bepaalde liquiditeits- en of solvabiliteitsratio's), een verplichting tot levering van door de aandeelhouder geproduceerde goederen aan de vennootschap,⁴⁵ de aansprakelijkheid van aandeelhouders voor (alle of bepaalde) schulden van de vennootschap naast die vennootschap.⁴⁶

Sinds enige tijd zijn onder meer duurzaamheid en inclusiviteit en aanverwante thema's onderwerpen in het maatschappelijke debat en ook in wetgeving, rechtspraak en literatuur is die tendens zichtbaar. Veel vennootschappen en ondernemingen zijn met die thema's bezig. Art. 2:192 BW biedt mogelijkheden om die duurzame en inclusiviteitsgedachte af te dwingen, in die zin dat ook aandeelhouders van die duurzame vennootschap of maatschappelijke onderneming duurzaamheid hoog in het vaandel hebben staan. Er kunnen allerlei eisen aan het aandeelhouderschap worden gesteld. Waar het gaat om een rechtspersoon-aandeelhouder zou gedacht kunnen worden aan het zijn van B Corp,⁴⁷ het hebben van een bepaalde man-vrouwverhouding

38. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 1-2 (NV II).

39. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 16 (MvT).

40. Zie Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/106 met vermelding naar verdere literatuur. En ook: P.P. de Vries, 'Statuten en incorporation by reference', *WPNR* 2014/7014, p. 350-356 en Chr.M. Stokkermans, 'Statuten en aandeelhoudersovereenkomst in balans', *WPNR* 2021/7314, p. 165-173.

41. Zie Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/107 en 108.

42. Zie de latere nuancering van de minister: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 2. en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

43. Rb. Middelburg (Pres.) 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (*VenV/Sandieson*), Hof Amsterdam (*OK*) 20 mei 1999, *NJ* 2000/199; *JOR* 2000/72 (*Versatel*), hof Amsterdam (*OK*) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (*Broadnet*) en Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*).

44. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286; *JOR* 2014/290 (*Cancelun*), Rb. Amsterdam (Vzr.) 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*), anders in hoger beroep: hof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 en Rb. Midden-Nederland (Vzr.) 31 juli 2015, *JOR* 2015/325 (*Bonder/Meijbon*).

45. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 14 (MvT).

46. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 38 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 12.

47. Zie: R.L. Pouwer, 'B Corp in het Nederlandse vennootschapsrecht anno 2019 nog een storm in een glas water', *MvO* 2019-7, p. 185-189. En ook recent: 'Duurzame bedrijven in verzet tegen toekenning 'groen label' aan multinationals', *FD* 12 augustus 2022.

in de onderneming,⁴⁸ het zijn van een sociale of maatschappelijke onderneming,⁴⁹ een bepaalde duurzame en inclusieve doelomschrijving hebben en dat als toetsbaar beleid hebben uitgewerkt etc., een bepaalde vorm van dividendbeleid (bijvoorbeeld donaties aan goede doelen, investeringen in maatschappelijke projecten, werknemersparticipatie etc.). Zo gezien, is dit onderdeel van de Wet Flex-BV bij de tijd. De destijds beoogde flexibiliteit van de Wet Flex-BV biedt ook tien jaar na dato diverse mogelijkheden om met het huidige tijdsgewricht mee te gaan en lijkt het voor ondernemers niet altijd noodzakelijk andere initiatieven, zoals de BvM,⁵⁰ af te wachten.

6. Stemmen in de algemene vergadering: *all or one?*

Graag wijs ik ook op een ander citaat uit de parlementaire geschiedenis. Dat gaat over de vraag of het wetsvoorstel destijds het mogelijk zou moeten maken te voorzien in variabel stemrecht voor bepaalde besluiten. Daarin was eerst voorzien, maar dat werd later geschrapt. De voordelen van flexibiliteit werden gezien,⁵¹ maar ook de complexiteit van dergelijke statutaire regelingen.⁵²

“In lid 4 is bepaald dat een afwijkende stemrechtverdeling moet zien op alle besluiten van de algemene vergadering. Een statutaire stemrechtverdeling die varieert per besluit, zoals oorspronkelijk voorgesteld, wordt dus niet toegestaan. De voorgestelde aanvulling van lid 6 komt hierbij te vervallen.”⁵³

Het voorgaande neemt niet weg dat langs indirecte weg een variabel stemrecht voor bepaalde besluiten wel degelijk mogelijk is. In de eerste plaats door middel van het opnemen van een stemovereenkomst voor bepaalde besluiten, zoals hiervoor in paragraaf 2 is besproken, gecombineerd met een kwaliteitseis (partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst of een bepaalde hoedanigheid) en opschorting van aandeelhoudersrechten en eventueel aanbidding van aandelen bij niet-nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst door de betreffende aandeelhouder. In de tweede plaats, als een wat minder indirecte weg, zou in de statuten op grond van art. 2:192 lid 1 onder a BW een stemovereenkomst kunnen worden opgenomen (dat wil zeggen: een verplichting van de aandeelhouders jegens elkaar om op een bepaalde manier voor bepaalde besluiten te stemmen), gekoppeld aan een aanbiddingsverplichting op grond van art. 2:192 lid 1 onder c BW. Bij deze laatste mogelijkheid komt het nadeel van de openbaarheid van statuten om de hoek kijken en zal de eerste optie wellicht de voorkeur genieten. Ook als in

de toekomst wellicht toch het variabele stemrecht voor bepaalde besluiten mogelijk wordt gemaakt, dan zal wellicht de niet-openbare aandeelhoudersovereenkomst de voorkeur genieten als plaats om een dergelijke regeling vorm te geven. Nadeel blijft dat een stem in strijd met een dergelijke overeenkomst wel geldig blijft. Wellicht kan het besluit worden vernietigd,⁵⁴ omdat het is genomen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst en wegens doorwerking van die overeenkomst in strijd is met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Bij het voorgaande moeten de grenzen aan een stemovereenkomst uiteraard in acht genomen worden en ligt het gevaar van nietigheid van die stemovereenkomst wegens strijd met dwingend recht op de loer.⁵⁵

48. Vgl. Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen. (Stb. 2021, 495), inwerking getreden op 1 januari 2022.

49. Zie bijvoorbeeld: het voorontwerp voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel, waarvan de internetconsultatie op 7 mei 2021 sloot. Zie over dit voorontwerp: Chr.M. Stokkermans, ‘Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming’, *MvO* 2021-3&4, p. 97-108.

In dit kader zijn er nog andere ontwikkelingen te noemen, zoals het pleidooi van 25 hoogleraren ondernemingsrecht (J.W. Winter e.a., ‘Naar zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86. Zie ook: ‘Maatschappelijk verantwoord besturen en toezichthouden, dat is het nieuwe normaal’ in het *FD* van 23 mei 2020. Kritisch hierover: H.J. de Kluiver, ‘Over de verantwoordelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2020/126. Zie ook E. Groot, ‘Verantwoord besturen’ in het *FD* van 29 mei 2020 en P. Wakkie, ‘Verantwoordelijke vennootschap moet niet gejuridiseerd worden’ in het *FD* van 1 juni 2020), de Prestatieladder Sociale Ondernemen (<https://www.pso-nederland.nl/>) of de Code Sociale Ondernemingen (<https://www.codesocialeondernemingen.nl/>).

50. Zie R.A.G. Heesakkers, ‘De BvM-aanzet en hervorming van het ondernemingsrecht: pionier of dwaalspoor?’, *Ondernemingsrecht* 2021/108, M.J.L.A.M. Zillikens-Loos, Q.M.J.A. Crul & T.A. Schriemer, ‘De nieuwe juridische jas voor de maatschappelijke onderneming komt eraan: de BvM’, *MvO* 2021-3&4, p. 109-119 en Chr.M. Stokkermans, ‘Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming’, *MvO* 2021-3&4, p. 97-108.

51. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 84-86 (MvT).

52. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 16.

Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 11.

53. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 17. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 16 (NV II) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 7, p. 11.

54. Niet de stem, zie art. 2:13 lid 1 BW.

55. Zie Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme* 2-IIb 2019/102-104.

7. Nederlands of Engels?

Het kwam al aan de orde: art. 2:176 BW schrijft dwingendrechtelijk voor dat de statuten in het Nederlands moeten zijn gesteld. Als dat niet het geval is, kan dat tot ontbinding van de vennootschap leiden.⁵⁶ Het Amendement van het lid Van Vroonhoven-Kok beoogde aan art. 2:176 BW toe te voegen dat de akte van oprichting ook in de Engelse taal kon worden verleden. In de toelichting op dit amendement wordt verwezen naar de internationale positie van Nederland en de wenselijkheid van authentieke notariële akten in het Engels in dat kader. Bovendien zou dat ook passen bij de beoogde flexibilisering van het bv-recht, aldus de toelichting.⁵⁷

Het amendement heeft het niet gehaald. De minister ontraadde het met de volgende overweging:

“De voertaal in de vennootschap kan best Engels zijn. Ik kan mij best voorstellen dat er een Engelse vertaling van de statuten wordt gemaakt door een beëdigd tolk-vertaler, maar het lijkt mij geen goede gedachte om statuten die moeten aansluiten op de bepalingen van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, ook of alleen in het Engels rechtsgeldig te doen maken. Daarom ontraad ik dit amendement.”⁵⁸

Die overweging overtuigt niet, ook omdat daarin niet echt een inhoudelijk bezwaar naar voren komt. In de praktijk komt het veelvuldig voor dat aandeelhoudersovereenkomsten in het Engels worden opgesteld. Statuten worden voor buitenlandse partijen in de regel van een vertaling in het Engels voorzien. Er zijn goede Engelse vertalingen van Boek 2 BW beschikbaar. Sinds 1 januari 2019 is het Netherlands Commercial Court (NCC) van start gegaan, als kamer van de Amsterdamse rechtbank. Hoger beroep kan worden ingesteld bij het Netherlands Commercial Court of Appeal (NCCA), een kamer van het gerechtshof Amsterdam. Het NCC en het NCCA behandelen internationale handelsgeschillen standaard in het Engels en doen in het Engels uitspraak.

Statuten in goed Engels maken een Nederlandse vertaling overbodig, ook omdat er goede vertalingen van Boek 2 BW beschikbaar zijn. Dat is kostenefficiënt. Ook het gevaar van licht tussen de Nederlandse en Engels vertaling is dan niet meer aan de orde. Ik zie geen principiële bezwaren tegen statuten in het Engels.⁵⁹ In het Wetsvoorstel online oprichting besloten vennootschappen wordt voorzien in de mogelijkheid de akte van oprichting in het Engels te verlijden, als de bv online wordt opgericht.⁶⁰ Het wetsvoorstel voorzagt eerst niet in aanpassing van art. 2:234

lid 1 BW, zodat de akte van statutenwijziging van iedere bv, dus ook de online opgerichte bv, in het Nederlands gepasseerd moet worden. Daarover waren door de leden van de CDA-fractie vragen aan de minister gesteld en hebben zij een voorstel gedaan om ook de statutenwijziging in het Engels voor een online opgerichte bv mogelijk te maken om allerlei (praktische) problemen en inefficiënties te voorkomen.⁶¹ De minister heeft deze suggestie inmiddels overgenomen.⁶²

De minister heeft aangegeven dat in komende trajecten voor aanpassing en/of modernisering van het vennootschapsrecht wordt gekeken of aanpassing van het huidige art. 2:176 BW ten aanzien van de Nederlands taal wenselijk is.⁶³ Tien jaar na inwerkingtreding van de Wet Flex-BV is er kennelijk een begin van een andere gedachte. Het zou goed zijn de wet op dit punt te wijzigen in het kader van en bij de modernisering van het NV-recht.⁶⁴

8. Conclusie

In deze bijdrage ben ik aan de hand van een aantal citaten uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet Flex-BV nagegaan of de overwegingen bij en de verwachtingen van het wetsvoorstel van destijds tien jaar na dato juist waren of zijn uitgekomen. Dat is niet altijd het geval, bijvoorbeeld ten aanzien van de verwachting dat minder gebruik gemaakt zou gaan worden van aandeelhoudersovereenkomsten. Op het eerste gezicht lijkt

56. Zie art. 2:21 lid 1 sub b BW.

57. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 14.

58. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 22, p. 17.

59. In gelijke zin bijvoorbeeld: S.A. Kruisinga, ‘Statuten of aandeelhoudersovereenkomst?’, *WPNR* 2016/7124, p. 849.

60. Zie het voorgestelde art. 2:176 lid 2 BW: *Kamerstukken II* 2021/22, 36 085, nr. 2, Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (*PbEU* 2019, L 186). Zie over dit wetsvoorstel: T. Saleminck & P.T.J. Wolters, ‘Wetsvoorstel online oprichting besloten vennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2022/57.

61. *Kamerstukken II* 36 085, nr. 5, p. 5-6.

62. *Kamerstukken II* 36 085, nr. 6, par. 4.1 (Nota naar aanleiding van het verslag). Op het moment van schrijven van deze bijdrage was dit kamerstuk nog niet opgemaakt.

63. *Kamerstukken II* 2021/22, 36 085, nr. 3, p. 6.

64. Voor de NV: art. 2:65 BW.

de voorheen bestaande praktijk van het veelvuldig gebruik maken van aandeelhoudersovereenkomsten te zijn voortgezet. De voor- en nadelen die zijn verbonden aan statutaire regeling van de onderlinge verhoudingen tussen aandeelhouders zijn er nog altijd. De niet-openbaarheid van de aandeelhoudersovereenkomst lijkt een groot goed te zijn. Het gebruik van statutaire verplichtingen op grond van het herziene art. 2:192 BW lijkt in de praktijk veelvuldig voor te komen, met name de kwaliteitseis (partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst of een bepaalde hoedanigheid) gecombineerd met opschorting van aandeelhoudersrechten en eventueel aanbidding van aandelen bij niet-nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst door de betreffende aandeelhouder. Ik heb met voorbeelden betoogd dat de

afstemming tussen statuten en de aandeelhoudersovereenkomst maatwerk is. Daarnaast is het strikte onderscheid tussen de 'vennootschappelijke statuten' en de 'contractuele aandeelhoudersovereenkomst' vervaagd, mede door de doorontwikkeling na de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV van het leerstuk van doorwerking.

Art. 2:192 BW blijkt ook mogelijkheden te bieden om (i) de bv in het huidige tijdsgewricht mee te nemen door statutaire verplichtingen aan aandeelhouders op te leggen, bijvoorbeeld in het kader van duurzaamheid, en (ii) het variabel stemrecht voor bepaalde besluiten op indirecte wijze alsnog mogelijk te maken. Er blijft ook wat te wensen over: het zou goed zijn om akte van oprichting, statuten en andere vennootschapsrechtelijke, notariële akten in het Engels te kunnen passeren.