

Overgangsrecht Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht



Mr. J.D.M. Schoonbrood*

1. Inleiding

In dit artikel wordt uitgebreid ingegaan op het overgangsrecht opgenomen in de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (“Invoeringswet”).¹ Aan het slot van het artikel wordt tevens ingegaan op het overgangsrecht dat is opgenomen in de Wet bestuur en toezicht.² De streefdatum voor de invoering was 1 juli 2012 maar die lijkt mede door het thans (demissionaire) kabinet niet te worden gehaald.

De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna aangeduid als “Wet flex-bv”)³ bevat vooral optionele bepalingen, die niet tot verplichtingen en dus ook niet tot een overgangstermijn leiden.⁴ Toch zijn bepaalde regelingen inzake overgangsrecht nodig. Hoofdstuk V van de Invoeringswet bevat het overgangsrecht. Dit overgangsrecht is te verdelen in een algemeen deel en een specifiek deel.

In het algemene deel worden enkele overgangsbepalingen uit de Boeken 3-8 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) (wet van 28 november 1991, Stb. 1991, 601) van overeenkomstige toepassing verklaard op de wijzigingen in verband met de Wet flex-bv. In het algemene deel wordt met name antwoord gegeven op de volgende vragen:

- Moeten verwijzingen in wetsbepalingen in bestaande statuten beschouwd worden als verwijzingen naar wetsartikelen uit de nieuwe wet?
- Wat is rechtens wanneer een rechtshandeling onder het oude recht nietig of vernietigbaar was maar niet onder het nieuwe recht, en vice versa?
- Wat gebeurt er met gewijzigde regelingen inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding?
- Welk recht beheerst gerechtelijke procedures die nog aanhangig zijn op het moment van inwerkingtreding van het nieuwe recht en wat zijn de gevolgen voor lopende procedures?⁵

Het specifieke deel bevat overgangsbepalingen ten aanzien van certificaathouders met vergaderrecht, de blokkeringsregeling voor aandelen die zijn aangeboden onder de oude wet en die geleverd worden na invoering van de wet, de intrekking van oude aansprakelijkheidsverklaringen bij inbreng in natura, oproepingstermijn voor algemene vergaderingen te houden na invoering van de wet en de verplichting

een statutaire regeling op te nemen voor belet en ontstentenis van commissarissen.

Het overgangsrecht in de Wet bestuur en toezicht bevat bepalingen ten aanzien van het tegenstrijdig belang, bestaande arbeidsovereenkomsten van directeuren bij beursfondsen en de limitering van functies.

Ik zal eerst ingaan op het algemene deel uit de Invoeringswet, vervolgens op het specifieke deel uit de Invoeringswet en tot slot op het overgangsrecht uit de Wet bestuur en toezicht.

* Notaris te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@debrauw.com)

1. Nummer van de kamerstukken 32 426. Thans nog niet plenair behandeld in de Eerste Kamer. Zie eerdere publicaties over de Invoeringswet: M.L. Lennarts en H.E. Boschma, ‘Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’, *WPNR* 2010, 6857, E. Seubring, ‘Wetsvoorstel Invoeringswet Flex-BV: een eerste signalering’, *V&O* 2010, nr. 10, p. 186-191, W. Bosse, ‘Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’, *WPNR* 2011, 6871 en 6872, Chr.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen, ‘Invoering Flex-BV: een nieuw statutair speelveld’, *TOP* 2012, nr. 2, p. 68-72 en P.H.N. Quist, ‘Topmodel met alle opties II: een face lift voor de flex-bv’, *TOP* 2012, nr. 1, p. 37-45.
2. Nummer van de kamerstukken 31 763, wet van 6 juni 2011, tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Staatsblad* 2011, 275 en voor de reparatiewet bestuur en toezicht zie kamerstukken 32 873 (wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de art. 297a en 297 thans in behandeling bij de Tweede Kamer). Zie eerdere publicaties over het overgangsrecht inzake tegenstrijdig belang in de Wet bestuur en toezicht: R.G.J. Nowak, ‘Tegenstrijdig belang in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht’, *Ondernemingsrecht* 2008, 174 en A.F.J.A. Leijten, ‘Overgangsrechtelijk tegenstrijdig belang’, *Ondernemingsrecht* 2009, 144.
3. Nummer van de kamerstukken 31 058. Thans nog niet plenair behandeld in de Eerste Kamer. Laatste parlementaire handeling was het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie op 17 april 2012, *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011-2012, 31 058, D.
4. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 16 (MvT).
5. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 17 (MvT).

2. Algemeen deel: overgangsbepalingen uit de Overgangswet NBW

Om het overgangsrecht te doorgronden is het nodig dat teruggegrepen kan worden op de inhoud van de artikelen uit de Overgangswet NBW die op de wetswijzigingen van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. De artikelen uit de Overgangswet NBW die in Hoofdstuk V.1. van de Invoeringswet van toepassing worden verklaard, worden hier achtereenvolgens genoemd en van commentaar of van voorbeelden voorzien.

2.1. Art. 68a Overgangswet NBW. Hoofregel: onmiddellijke werking

Artikel 68a

- 1. Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit.
- 2. Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing.

Uit dit artikel volgt de hoofdregel dat de Wet flex-bv onmiddellijke werking zal hebben ten aanzien van feiten die na inwerkingtreding voorvallen.

De wetswijziging heeft in beginsel geen invloed op rechtshandelingen en besluiten die rechtsgeldig tot stand zijn gekomen vóór de Wet flex-bv.

Voorbeelden

- Vóór inwerkingtreding van de Wet flex-bv vindt verkoop plaats van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn toegekend maar levering moet nog geschieden. Als de levering van deze certificaten – waaraan blijkens inschrijving in het aandeelhoudersregister vergaderrecht is verbonden – geschiedt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, is het nieuwe art. 2:196c BW op de levering van toepassing. Dat betekent dat de vergaderrechten door de koper eerst kunnen worden uitgeoefend nadat de vennootschap de levering van de certificaten heeft erkend of de levering aan haar is bekend.
- Stel dat in de statuten voor de Wet flex-bv een algemene stemrechtregeling is opgenomen waarbij een aandeelhouder zoveel stemmen heeft als hij aandelen houdt maar dat voor bepaalde besluiten een andere stemrechtregeling geldt (bijvoorbeeld een maximum aantal stemmen door eenzelfde aandeelhouder uit te brengen)⁶. Onder de Wet flex-bv staat vast dat het niet mogelijk is om per besluit een andere stemrechtregeling te hanteren. Art. 2:228 lid 4 Wet flex-bv bepaalt dat

een statutaire afwijking van het algemene stemrechtstelsel geldt voor alle besluiten van de algemene vergadering. Als de statuten niet bij de inwerkingtreding van de Wet flex-bv zijn aangepast, is niet duidelijk welke stemrechtregeling voor de besluiten geldt. De Wet flex-bv heeft onmiddellijke werking; duidelijk is in ieder geval dat er nog maar een stemrechtstelsel voor alle besluiten kan gelden. De reden voor deze beperking door de wetgever is dat anders niet goed kan worden vastgesteld of een vennootschap kwalificeert als dochtervennootschap.⁷ Voor die kwalificatie is namelijk van belang dat vastgesteld kan worden of meer dan de helft van de stemmen in de algemene vergadering kan worden uitgeoefend. Indien per besluit een andere stemrechtregeling van toepassing zou zijn, zal hier onduidelijkheid over bestaan. Gesteld kan worden dat in dit voorbeeld de algemene stemrechtregeling in de statuten na inwerkingtreding van de Wet flex-bv voor alle besluiten geldt en dat de afwijkende regeling in de statuten niet voor alle besluiten is gaan gelden. Een wijziging van de statuten zal wenselijk zijn. Om de afwijkende regeling wel op alle besluiten van toepassing te laten zijn, zal een aanpassing van de statuten nodig zijn en om een wijziging in het stemrecht te bereiken zal op grond van de Wet flex-bv iedere aandeelhouder moeten instemmen (art. 2:228 lid 4 BW). En hoe zit dat als men in dit geval in de statuten wil laten vastleggen dat het algemene stemrechtstelsel geldt voor alle besluiten? Ook dan kan de vraag worden gesteld of dat een (inhoudelijke) wijziging van het stemrecht is. Als men met mij van mening is dat in dit voorbeeld ook zonder de wijziging van de statuten het algemene stemrechtstelsel al geldt, dan zal voor het besluit tot statutenwijziging de unanimiteit van art. 2:228 lid 4 BW niet gelden.

2.2. Art. 69 Overgangswet NBW: geen wijziging in bestaande rechten

Artikel 69

Wanneer de wet van toepassing wordt, heeft dat niet tot gevolg dat alsdan:

- a. iemand het vermogensrecht verliest dat hij onder het tevoren geldende recht had verkregen;
- b. een schuld op een ander overgaat;
- c. het bedrag van een vordering wordt gewijzigd;

6. Een gedifferentieerde stemrechtregeling is (theoretisch) mogelijk aldus Van der Heijden-van der Grinten, Handboek 1992, nr. 215.
7. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 15-16.

- d. een vorderingsrecht ontstaat, indien alle feiten die de wet daarvoor vereist, reeds voordien waren voltooid;
- e. een goed met een beperkt recht wordt belast.

Dit artikel regelt dat de invoering van de nieuwe wet geen wijziging in de bestaande rechten tot gevolg zal hebben. Bestaande rechten worden geëerbiedigd. Nieuwe rechten ontstaan niet ten gevolge van de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

Voorbeelden

- Onder het oude recht is een dividend uitgekeerd dat gelet op de destijds geldende kapitaalbeschermingsbepalingen te hoog was. De vennootschap heeft een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. De vordering blijft in stand onder de nieuwe wet, zelfs als de bovenmatige uitkering onder de nieuwe wet wel zou zijn toegestaan.
- Aandelen zijn gecertificeerd en in het verleden is daar mee omgegaan alsof er niet met medewerking van de vennootschap was gecertificeerd. Bij inwerkingtreding van de nieuwe wet schrijft de vennootschap de certificaathouders toch in als vergadergerechtigden (en de statuten worden later gewijzigd door het vergaderrecht daarin op te nemen). Er ontstaat dan – anders dan art. 69 Overgangswet NBW bij eerste lezing zou doen vermoeden – wel het wettelijk pandrecht op de onderliggende aandelen (art. 3: 259 BW). Het ontstaan van het beperkte recht is echter geen direct gevolg van het in werking treden van het nieuwe recht maar een gevolg van de latere erkenning van de vennootschap dat er vergaderrecht was; het wettelijk pandrecht was in feite “latent” al aanwezig.

2.3. *Art. 71 Overgangswet NBW: verwijzing naar oude wet wordt bij fictie verwijzing naar nieuwe wet; interpretatiekwesies*

Artikel 71

Een beding dat naar een vóór het in werking treden van de wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud van zo'n artikel weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding.

In dit artikel wordt tot uitdrukking gebracht dat een verwijzing naar wetsbepalingen in bestaande overeenkomsten en statuten⁸ in beginsel beschouwd dient te worden als een verwijzing naar de wetsartikelen van de nieuwe wet. Hetzelfde geldt als in een bestaande overeenkomst of statuten de zakelijke inhoud van een wetsartikel wordt weergegeven. Indien de toepassing van de nieuwe wet niet in over-

eenstemming is met de strekking van de bepaling waarin de verwijzing is opgenomen zal de oude uitleg prevaleren. Dit artikel is dus relevant voor de vraag welke vereisten gevolgd moeten worden.

Voorbeelden

- Indien voor de Wet flex-bv in de statuten is verwezen naar art. 2:195 BW zonder een beperking van de wettelijke vrije kring geldt voor de overdracht van aandelen ook de wettelijke vrije kring van personen aan wie kan worden aangeboden (zoals de echtgenote of de kinderen) zonder eerst aan de medeaandeelhouders aan te bieden. Op grond van art. 71 Overgangswet NBW geldt die verwijzing na de inwerkingtreding van de Wet flex-bv volgens de wetgever als een verwijzing naar het nieuwe art. 2:195 BW⁹. De Wet flex-bv kent geen wettelijke vrije kring meer. Als een vrije kring wenselijk is onder de Wet flex-bv, zal expliciet in de statuten een vrije kring moeten worden opgenomen. Mocht er onder de oude wet al zijn aangeboden aan personen behorende tot de vrije kring en de overdracht pas plaatsvinden onder de nieuwe wet dan is de specifieke overgangsbepaling onder V.2. lid 2 van toepassing.
- Indien in de statuten onder het oude recht expliciet is vermeld dat aan de echtgenote en de kinderen vrij kan worden overgedragen, blijft dat volgens de wetgever gelden als een statutaire afwijking van de hoofdregel onder de Wet flex-bv (aanbieding aan medeaandeelhouders). In het gewijzigde art. 2:195 BW staat namelijk dat de statuten anders kunnen bepalen. Als de vennootschap de statutaire vrije kring niet wil handhaven, zullen de statuten moeten worden aangepast.

Het artikel kan leiden tot allerlei onduidelijkheden. Indien bij de invoering van de nieuwe wet een wettelijk voorschrift vervalt en de statuten nog steeds naar het oude wetsartikel verwijzen of de zakelijke inhoud van het vervallen wettelijk voorschrift weergeven, moet beoordeeld worden of de betreffende statutaire bepaling nog gevolgd moet worden. De statutaire bepaling zal uitgelegd moeten worden. Voor de interpretatie van een statutaire bepaling is met name de (grammaticale) tekst van de bepaling van groot belang. Indien er geen nieuwe wettelijke regeling voor het oude wettelijke voorschrift in de plaats komt, lijkt art. 71 Overgangswet NBW niet van toepassing. Betekent dit dat de oude statutaire

8. Onder bedingen vallen ook bepalingen in statuten (*Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 8, p. 18*).

9. *Kamerstukken II, vergaderjaar 2010-2011, 32 426, nr. 7 p. 36*.

bepaling nog geldt? Gesteld kan worden dat verwijzingen in statuten naar kapitaalbeschermingsbepalingen of statutaire bepalingen waarin de zakelijke inhoud van die bepalingen is vermeld, opgenomen zijn om de gebruikers van de statuten een handvat te geven (“de statuten als spoorboekje”). Het zal meestal niet de bedoeling zijn geweest om iets anders te regelen dan de wet voorschrijft. Na de invoering van de nieuwe wet hebben de statutaire bepalingen inzake de oude kapitaalbescherming dan ook meestal geen zelfstandige betekenis meer.¹⁰ De oude kapitaalbeschermingswetgeving voor de BV komt immers te vervallen. Dat kan betekenen:

- dat een statutair voorschrift waarin nog een beschrijving met accountantsverklaring bij inbreng of Nachgründung wordt verlangd niet meer gevolgd hoeft te worden;
- dat een statutaire bepaling omtrent het steunverbod (art. 2:207c oud BW) niet meer van toepassing is, aangezien dat verbod onder de nieuwe wet vervalt (het verlenen van steun zal dan getoetst kunnen worden aan het criterium van al dan niet behoorlijk bestuur). Art. 2:207c BW kan gezien worden als een bepaling die na het vervallen van het artikel geen zelfstandige betekenis meer heeft maar of dat het geval is, is niet zonder meer duidelijk. Als men het steunverbod echter ziet als een expliciete wettelijke beperking op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur, kan gesteld worden dat de nieuwe wet die beperking niet meer expliciet toestaat.¹¹ In de laatste visie zou de statutaire bepaling geen toepassing meer kunnen vinden. Het is aan te bevelen de statuten aan te passen voordat de transactie wordt aangegaan.

Het spreekt voor zich dat men bij een interpretatie moet opletten. Het gebeurt wel eens dat op uitdrukkelijk verzoek van een bepaalde aandeelhouder of andere belanghebbende in het verleden een specifieke regeling in de statuten is opgenomen omtrent de kapitaalbescherming.¹² Het is dan niet duidelijk of die regeling nog wel zelfstandige betekenis blijft houden. Het zal in de praktijk vaak lastig zijn om duidelijkheid te krijgen over de strekking van een beding. Bij twijfel zou men kunnen overwegen aan de aandeelhouders een verklaring te vragen dat aan deze specifieke bepaling geen zelfstandige betekenis meer toekomt; voor de rechtszekerheid is het verstandiger dat de algemene vergadering besluit om de statuten aan te passen.

2.4. Art. 74 Overgangswet NBW: invloed op gerechtelijke procedures

Artikel 74

- 1. Het van toepassing worden van de wet heeft geen gevolg voor de bevoegdheid van de rechter voor wie voordien een geding is aangevangen, noch voor de aard van dat geding en voor de rechtsmiddelen tegen de uitspraak.

- 2. In gedingen als bedoeld in lid 1 bepaalt de rechter op verzoek van een der partijen of ambtshalve een termijn waarbinnen partijen de gelegenheid wordt geboden hun stellingen en conclusies voor zover nodig aan te passen aan de wet of aan deze of een der volgende titels. Stelt de rechter partijen tot een zodanige aanpassing in de gelegenheid, dan staat tegen die beslissing geen rechtsmiddel open; wijst de rechter een daartoe strekkend verzoek af, dan staat een rechtsmiddel daartegen slechts gelijktijdig met de einduitspraak open.
- 3. Het tevoren geldende recht blijft van toepassing, indien een geding als bedoeld in lid 1, in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen verkeert op het tijdstip waarop de wet van toepassing wordt, tenzij de rechter tot voortzetting van het geding beslist.
- 4. In een geding ter zake van een cassatieberoep tegen een, vóór het van toepassing worden van de wet tot stand gekomen, uitspraak blijft het voordien geldende recht van toepassing. Dit geldt mede voor de verdere behandeling van de zaak door het recht waarnaar na cassatie is verwezen, tenzij de zaak als gevolg van de cassatie door dat gerecht in haar geheel opnieuw moet worden behandeld.

Hier wordt geregeld dat de nieuwe wet in beginsel geen invloed heeft op gerechtelijke procedures die al lopen. In lid 1 wordt geregeld dat de nieuwe wet geen invloed heeft op de bevoegdheid van de rechter, de aard van het geding en de rechtsmiddelen in een lopende procedure.

Partijen in een lopende procedure kunnen echter wel verzoeken dat de rechter hen in de gelegenheid stelt om hun stellingen en conclusies voor zover nodig aan te passen aan het nieuwe recht. Ook kan de rechter dit ambtshalve bepalen (lid 2). Een wijziging van de grondslag van de procedure kan ertoe leiden dat een andere partij moet worden gedagvaard en in dat geval is lid 2 niet van toepassing.¹³ De uitkomst van een procedure onder het nieuwe recht kan door een

10. Zie hierover Stokkermans en Rensen, *Top* 2012, nr. 2.

11. De visie van Van Schilfgaarde/Winter (2006), nr. 28; anders Van der Heijden-van der Grinten, *Handboek* 1992, nr. 317 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009*, nr. 177.

12. Zo werd op een uitkering ten laste van de agioreserve bij een BV met Belgische aandeelhouders in het verleden wel eens in de statuten de wettelijke procedure van kapitaalvermindering van toepassing verklaard of uitgeschreven (“publicatie en twee maanden termijn voor verzet”).

13. Zie hierover M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *WPNR* 2010, 6857.

aanpassing van stellingen in een lopende procedure en door de dagvaarding van een andere partij in een nieuwe procedure anders worden dan onder het oude recht.

Voorbeelden

- Er is door een curator van de BV een procedure gestart vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet tot vernietiging van een rechtshandeling waarbij de BV die nog geen twee jaar is ingeschreven in het handelsregister een wagenpark koopt van een van de aandeelhouders (tegen een prijs die duidelijk boven de marktwaarde ligt) vanwege het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering en de accountantsverklaring ex art. 2:204c BW. In het voorbeeld ga ik ervan uit dat de curator zich in de procedure nog niet heeft beroepen op een andere grondslag. Onder de nieuwe wet komt deze vernietigingsprocedure ex art. 2:204c BW te vervallen. Een aanpassing van de stellingen en conclusies zou ertoe kunnen leiden dat de procedure wordt gewijzigd in een Actio Pauliana door de curator (art. 42 Faillissementswet). Ook zou een procedure tot aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders kunnen worden gestart.¹⁴ Als de bestuurder niet dezelfde persoon is als de in de lopende procedure gedagvaarde aandeelhouder, zal de bestuurder als nieuwe partij gedagvaard moeten worden.¹⁵
- Er is voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet een procedure gestart waarbij de nietigheid van de inkoop van aandelen is ingeroepen omdat er onvoldoende vrije reserves aanwezig waren (art. 2:207 lid 2 BW oud). Onder de nieuwe wet kan de procedure worden voortgezet en dan op grond van een aanpassing van de stelling door te verwijzen naar het nieuwe art. 2:207 lid 2 BW.¹⁶

Verkeert de procedure in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe wet of is cassatie aangetekend tegen een vóór dat moment gewezen uitspraak, dan blijft in die procedures het oude recht van toepassing.

2.5. **Art. 75 Overgangswet NBW: nieuwe wet niet van toepassing vanwege redelijkheid en billijkheid**

Artikel 75

- 1. De wet blijft, ook buiten de in deze en de volgende titels geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

- 2. Van de artikelen 69-73a wordt, behalve in de volgende titels, afgeweken op dezelfde gronden als in het vorige lid aangegeven.

Hier wordt geregeld dat de Wet flex-bv op overgangsrechtelijke kwesties buiten toepassing blijft indien een toepassing op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hetzelfde geldt in het geval de gelijkenis met de in het overgangsrecht geregelde gevallen daartoe mocht nopen.

2.6. **De art. 79, 80 en 81 Overgangswet NBW: Oude rechtshandelingen alsnog vernietigbaar, nietig of onaantastbaar en geldig?**

Een bijzonder probleem van overgangsrecht speelt voor rechtshandelingen die onder het oude recht zijn verricht en die voor wat betreft de rechtsgeldigheid onder de Wet flex-bv op een andere wijze worden behandeld. Hiervoor zijn de hierna uitgewerkte art. 79, 80 en 81 Overgangswet NBW van belang.

Voordat ingegaan wordt op voorbeelden volgt eerst een overzicht van de uitwerking van deze artikelen:

Art. 79:

Onder oud recht: rechtshandeling was geldig en onaantastbaar

Onder nieuwe recht: rechtshandeling zou nietig of vernietigbaar zijn

Conclusie: rechtshandeling blijft geldig en onaantastbaar

Art. 80 lid 1:

Onder oud recht: rechtshandeling was vernietigbaar

Onder nieuwe recht: rechtshandeling zou geldig en onaantastbaar zijn

Conclusie: rechtshandeling wordt geldig en onaantastbaar

Art. 80 lid 2:

Onder oud recht: rechtshandeling was vernietigbaar

Onder nieuwe recht: rechtshandeling zou nietig zijn

Conclusie: rechtshandeling wordt nietig met terugwerkende kracht

14. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 426, nr. 3, p. 19. De grondslag kan blijkens de MvT worden aangepast aangezien onder het oude recht bestuurders ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade ten gevolge van onrechtmatig handelen door het verrichten van een vernietigbare rechtshandeling (art. 2:9 of 6:162 BW). Het zal mede van de feiten en omstandigheden afhangen. Zie o.a de rechtspraak in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009*, nrs. 445-473.

15. Zie over de nieuwe dagvaarding en aanpassing van de grondslag maar dan ten aanzien van art. 2:207c BW: M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *WPNR* 2010, 6857.

16. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 426, nr. 3, p. 20, MvT: "Dit geldt alleen als ook onder de nieuwe berekeningswijze op basis van enkel de reserves de eigen aandelen niet hadden mogen worden verkregen." Onder de Wet flex-bv wordt bij de bepaling van de "vrije ruimte" immers geen rekening meer gehouden met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal.

Art. 81 lid 1:

Onder oud recht: rechtshandeling was nietig

Onder nieuwe recht: rechtshandeling zou geldig en onaantastbaar zijn

Conclusie: rechtshandeling wordt met terugwerkende kracht geldig en onaantastbaar mits belanghebbenden de rechtshandeling voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet als geldig hebben aangemerkt

Art. 81 lid 2:

Onder oud recht: rechtshandeling was nietig

Onder nieuwe recht: rechtshandeling zou vernietigbaar zijn

Conclusie: rechtshandeling wordt geldig mits belanghebbenden voor inwerkingtreding van de nieuwe wet de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt maar de rechtshandeling blijft onder nieuwe wet wel vernietigbaar.

Nuancering op conclusies inzake art. 81: Als de statuten na inwerkingtreding van het nieuwe recht nog wel de nietigheidsgrond bevatten die onder het oude recht gold en het nieuwe recht aan de statuten de optie geeft om die nietigheidsgrond in de statuten op te nemen, dan blijft de nietigheid in stand.

Hierna volgt een nadere uitwerking.

Art. 79 Overgangswet NBW: rechtshandeling blijft onaantastbaar en geldig

Artikel 79

Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.

Ook voor de nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen geldt de hoofdregel dat de nieuwe wet onmiddellijke werking heeft en geen terugwerkende kracht. Rechtshandelingen die onder het oude recht rechtsgeldig zijn verricht, kunnen niet worden aangetast door het gewijzigde recht. Partijen bij een transactie onder het oude recht hebben geen rekening kunnen houden met de vereisten onder de nieuwe wetgeving. De transactie moet worden beoordeeld naar het recht dat geldt op het moment dat de transactie wordt verricht.

Art. 80 Overgangswet NBW: rechtshandeling wordt onaantastbaar en geldig

Artikel 80

- 1. Een rechtshandeling die vernietigbaar was tot aan het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, kan van dat tijdstip af niet langer worden vernietigd op grond van het gebrek dat haar tevoren aan-

kleefde, indien de wet een zodanig gebrek niet aanmerkt als een grond van vernietigbaarheid.

- 2. Een rechtshandeling als bedoeld in lid 1, wordt op het daar genoemde tijdstip met terugwerkende kracht nietig, indiende wet een rechtshandeling met hetzelfde gebrek als nietig aanmerkt.

In lid 1 wordt geregeld dat rechtshandelingen die onder de oude wet vernietigbaar waren, vanaf de invoering onder de nieuwe wet niet meer vernietigd kunnen worden als de nieuwe wet het gebrek dat tot vernietiging had kunnen leiden niet kent als een grond voor vernietiging. Dit kan voordelig zijn voor de partijen bij een oorspronkelijk vernietigbare rechtshandeling.

Voorbeeld

- Een BV verkrijgt door koop binnen 2 jaar na haar inschrijving in het handelsregister een zaak die een jaar voor de oprichting of later heeft toebehoord aan een aandeelhouder of oprichter van die BV. Onder het oude recht moest dan de Nachgründungsprocedure worden gevolgd en dat betekende dat een beschrijving van de te verkrijgen zaak en van de tegenprestatie nodig was gevolgd door een accountantsverklaring en tevens een goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering. In de praktijk werd vaak abusievelijk en vooral door onbekendheid met deze regeling niet voldaan aan al die vereisten; alsdan kon onder de oude wet de vennootschap (curator) een beroep doen op de vernietiging van de rechtshandeling. Onder het nieuwe recht is deze procedure in de wet komen te vervallen en er is geen nieuwe wettelijke regeling die de rechtshandeling vanwege dat gebrek alsnog aantastbaar maakt. Een curator kan wel – net als onder het oude recht – proberen op andere gronden de bestuurders aansprakelijk te stellen of de transactie proberen te vernietigen via de faillissementspauliana. Het zal dan afhangen van (bijkomende) omstandigheden en feiten of een curator hierbij succes zal hebben.

Art. 81 Overgangswet NBW: rechtshandeling wordt geldig en onaantastbaar of geldig en vernietigbaar, mits door belanghebbenden voordien als geldig aangemerkt

Artikel 81

- 1. Een nietige rechtshandeling wordt op het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt.

- 2. Een tevoren nietige rechtshandeling geldt van dat tijdstip af als vernietigbaar, indien de wet het gebrek dat haar aankleeft, als grond van vernietigbaarheid aanmerkt. Artikel 73a lid 1 is alsdan niet van toepassing indien het tevoren geldende recht een beroep op de nietigheid niet aan een bepaalde termijn bond.
- 3. De vorige leden gelden slechts, indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt. Inmiddels verkregen rechten van derden behoeven aan bekrachtiging niet in de weg te staan, mits zij worden geëerbiedigd.

In lid 1 wordt geregeld dat rechtshandelingen die onder de oude wet nietig zijn, vanaf de invoering van de Wet flex-bv onaantastbaar zijn (met terugwerkende kracht) als is voldaan aan de vereisten die de Wet flex-bv aan die rechtshandelingen stelt (convalescentie). In lid 2 wordt geregeld dat rechtshandelingen die onder de Wet flex-bv nietig zijn, vernietigbaar worden als de Wet flex-bv aan het gebrek de vernietigbaarheid koppelt. Een belanghebbende mag in de tussentijd niet een beroep hebben gedaan op de nietigheid vanwege het gebrek. Het vennootschapsrecht gaat bij nietigheden uit van het principe dat er eerst een beroep op moet worden gedaan.

Voorbeelden

- Als onder de oude wet aandelen zijn ingekocht zonder machtiging van de algemene vergadering, dan was die rechtshandeling nietig. In de Wet flex-bv is die machtiging geen wettelijk vereiste meer en dus zal in beginsel de oude inkoop geldig zijn en de inkoop zal niet alsnog aangetast kunnen worden. Zie echter het volgende voorbeeld.
- Wederom is sprake van een inkoop zonder machtiging onder de oude wet en *in de statuten* die gelden op de dag van de inwerkingtreding van de Wet flex-bv staat nog steeds de machtiging als vereiste genoemd. De Wet flex-bv kent de machtiging niet als dwingend vereiste maar het nieuwe art. 2:207 lid 4 BW maakt het mogelijk om een inkoop statutair te beperken of uit te sluiten. Art. 2:207a lid 1 sub a BW bepaalt vervolgens dat een inkoop in strijd met een statutaire beperking of uitsluiting nietig is. De inkoop blijft in dit geval nietig, omdat de Wet flex-bv de optie kent dat de statuten de inkoop kunnen beperken of uitsluiten.
- Stel er heeft onder de oude wet een inkoop plaatsgevonden van meer aandelen dan 50% van het geplaatste kapitaal. Volgens de oude wet is dat nietig (art. 2:207a juncto art. 2:207 lid 2 BW). Volgens de Wet flex-bv kunnen alle aandelen worden ingekocht minus een aan-

deel met stemrecht. De grens van 50% is geen wettelijk vereiste meer en dus zal de oude inkoop in beginsel alsnog geldig zijn en niet alsnog aangetast kunnen worden. Zie echter het volgende voorbeeld.

- Wederom is sprake van een inkoop van meer dan 50% van het geplaatste kapitaal onder de oude wet en *in de statuten* die gelden op de dag van inwerkingtreding van de Wet flex-bv is nog steeds de oude wettelijke grens van 50% vermeld. De Wet flex-bv kent deze grens niet meer als dwingend vereiste maar het nieuwe art. 2:207 lid 4 BW maakt het mogelijk om een inkoop statutair te beperken. Art. 2:207a lid 1 sub a BW bepaalt vervolgens dat een inkoop in strijd met een statutaire beperking nietig is. De inkoop blijft in dit geval nietig, omdat de Wet flex-bv de optie kent dat de statuten de inkoop kunnen beperken.
- Inkoop onder de oude wet van aandelen waarbij destijds in strijd met de uitkeerbare ruimte (het gestorte kapitaal plus wettelijke en statutaire reserves moesten in stand blijven) werd gehandeld. Onder de oude wet was die inkoop nietig. Onder de Wet flex-bv blijft die inkoop nietig omdat de wet een inkoop ten laste van wettelijke en statutaire reserves als nietig aanmerkt (art. 207a lid 1 BW). Onder de nieuwe wet kan bij de bepaling van de inkoop echter ook ten laste van het aandelenkapitaal worden ingekocht en dat betekent dat als bij de oude inkoop uiteindelijk niet ten laste van de wettelijke en statutaire reserves is ingekocht, gesteld kan worden dat de oude inkoop op grond van art. 81 lid 1 Overgangswet NBW toch geldig en onaantastbaar is geworden, mits niet eerder een beroep op de vernietiging is gedaan.
- Een rechtshandeling die onder het oude recht in strijd met het steunverbod is verricht (art. 2:207c BW) (bijvoorbeeld de BV heeft zich hoofdelijk sterk gemaakt bij een aankoop door een derde van aandelen) is m.i. nietig omdat die in strijd met de wet was.¹⁷ De nieuwe wet kent het steunverbod niet meer als wettelijke beperking op de bevoegdheden van het bestuur en de nieuwe wet stelt ook geen andere vereisten. De Wet flex-bv kent ook niet de optie dat de statuten anders kunnen bepalen. Gesteld kan worden dat voldaan is aan de vereisten die de nieuwe wet stelt (namelijk geen vereisten in de wet, wel mogelijk nog in de statuten) en dat de oude rechtshandeling onder de nieuwe wet geldig en onaantastbaar wordt, mits geen belanghebbende zich voor-

17. Nietigheid volgens Van der Heijden-van der Grinten, Handboek 1992, nr. 317 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II*, 2009, nr. 177.

dien op de nietigheid heeft beroepen. Als onder het oude recht de nietigheid is ingeroepen, zal de procedure onder het oude recht worden voortgezet (art. 81 lid 3 Overgangswet NBW). Als men het standpunt inneemt dat er niet sprake is van nietigheid maar van een vernietigbare rechtshandeling dan werkt dat voor het overgangsrecht anders uit.¹⁸ In dat geval is art. 80 lid 1 Overgangswet NBW van toepassing en is de rechtshandeling geldig en onaantastbaar geworden; op een lopende procedure is in dat geval art. 74 Overgangswet NBW van toepassing. De grondslag voor de lopende procedure kan worden gewijzigd. Mogelijk zal een andere partij aangesproken worden maar dan zal die eerst moeten worden gedagvaard (zie hiervoor de bespreking van dat artikel).¹⁹

2.7. *Art. 82 Overgangswet NBW (verjaring rechtsvordering)*

Artikel 82

Voor de toepassing van artikel 52 lid 1 onder d van Boek 3 wordt onder een bevoegdheid tot inroeping van een vernietigingsgrond begrepen de bevoegdheid tot het inroepen van een soortgelijke vernietigingsgrond, welke iemand reeds toekwam volgens het recht dat vóór het toepasselijk worden der wet gold.

Dit artikel geeft een nadere regeling voor de verjaring van een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling. Als iemand een vernietigingsgrond kan inroepen onder de Wet flex-bv en een soortgelijke grond ook onder het oude recht al bestond, verjaart de rechtsvordering tot vernietiging van de rechtshandeling drie jaren nadat die persoon de bevoegdheid heeft verkregen om daar (onder de oude wet) een beroep op te doen.

2.8. *Art. 173 Overgangswet NBW (aansprakelijkheid en schadevergoeding)*

Artikel 173

- 1. Is voor de al dan niet toepasselijkheid van de bepalingen der wet omtrent aansprakelijkheid en schadevergoeding beslissend, of een schade vóór of na het in werking treden van de wet is ontstaan, en blijkt dit niet, dan is beslissend, of de schade voor of na het in werking treden van de wet is bekend geworden.
- 2. De aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan of bekend geworden na het in werking treden van de wet, wordt, ook met betrekking tot haar omvang, naar het te voren geldende recht beoordeeld, indien die schade voortspuit uit dezelfde gebeurtenis als een eerdere door de benadeelde geleden schade waarop dat recht van toepassing was.

Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid wegens iemands overlijden na het tijdstip van het in werking treden van de wet als gevolg van letsel vóór dat tijdstip is ontstaan.

Dit artikel sluit aan bij de hoofdregels dat de Wet flex-bv onmiddellijke werking heeft en geen wijziging brengt in de bestaande rechten (art. 68a en 69 Overgangswet NBW). Voor de vraag welke schadevergoedingsregeling van toepassing is, moet vastgesteld worden of het oude recht of het nieuwe recht van toepassing is. Als de schade voor de inwerkingtreding van de Wet flex-bv is ontstaan, dan zal het oude recht in beginsel van toepassing zijn. Als niet blijkt wanneer de schade is ontstaan, dan is beslissend of de schade voor of na de inwerkingtreding van de Wet flex-bv bekend is geworden.

Voorbeelden

- Indien voor de inwerkingtreding van de Wet flex-bv een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders loopt wegens het niet storten op de aandelen (art. 2:180 BW), zal de aansprakelijkheidsvraag naar het oude recht moeten worden beoordeeld.²⁰ Het oude recht bepaalt dat bestuurders naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk zijn voor rechtshandelingen voordat het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal is gestort. Een bestuurder kan aan een mogelijke aansprakelijkheid voor reeds verrichtte rechtshandelingen niet ontkomen. Onder de Wet flex-bv wijzigt art. 2:180 BW en zal het niet voldoen aan de verplichting tot storting van het minimumkapitaal niet leiden tot een wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor rechtshandelingen die zijn verricht voordat de storting heeft plaatsgevonden. Uit de memorie van toelichting valt op te maken dat - indien ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet flex-bv nog niet het minimumkapitaal is gestort - de aansprakelijkheid vanwege de wetswijziging ziet op de rechtshandelingen die zijn verricht in het tijd-

18. Vernietigbaarheid volgens Van Schilfgaarde/Jaap Winter, Van de BV en de NV, 2009, nr. 28.

19. Zie over het verschil nietigheid en vernietigbaarheid met name voor het overgangsrecht in geval van art. 2:207 c BW, M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *WPNR* 2010, 6857. Zij wijzen er ook op dat de wetgever in de MvT door te verwijzen naar art. 74 Overgangswet NBW kennelijk anders dan de heersende leer lijkt te kiezen voor het standpunt van de vernietiging. Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 21.

20. M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *WPNR* 2010, 6857 die de eerbiedigende werking anders dan de MvT baseren op art. 69 Overgangswet NBW in plaats van op dit art. 173 Overgangswet NBW. Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 18.

vak tussen oprichting van de BV en de inwerkingtreding van de Wet flex-bv.²¹ Voor rechtshandelingen verricht na inwerkingtreding geldt de aansprakelijkheidsregel uit de oude wet niet meer.

- Inkoop en overdracht van aandelen onder het oude recht en na inwerkingtreding Wet flex-bv blijkt dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De inkoop is en blijft geldig en de nietigheid kan daarvan op grond van het nieuwe art. 2:207 lid 3 BW niet meer worden ingeroepen.²² Blijkens het voormelde lid 3 zijn bestuurders die dat ten tijde van de inkoop wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien in beginsel jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden tot vergoeding van het tekort dat door de inkoop is ontstaan. Voor de oude wet was dat niet gecodificeerd maar uit de rechtspraak volgde al dat bestuurders die verwijtbaar handelen bij een benadeling van schuldeisers aansprakelijk gesteld kunnen worden. Wanneer de schade of wel het tekort is ontstaan zal niet eenvoudig vast te stellen zijn. Niet duidelijk is of en in hoeverre het voormelde lid 3 toepassing vindt. Mogelijk kan men stellen dat de schade (het tekort) weliswaar lijkt te zijn ontstaan onder de nieuwe wet maar volledig voortvloeit uit de rechtshandeling inkoop; de rechtshandeling inkoop en de solvabiliteitstoets vond plaats onder het oude recht op het moment dat lid 3 nog niet was gecodificeerd waardoor voor het verhaal van schade het oude recht van toepassing is.²³

3. Specifieke overgangsbepalingen Flex BV
Art. V.2. van de Invoeringswet bevat 7 leden met specifieke overgangsbepalingen. Van elk lid wordt hierna eerst de wettekst opgenomen gevolgd door een nadere toelichting.

3.1. Certificaten met vergaderrecht

Wettekst van lid 1 inzake houders van certificaten met vergaderrecht

De vennootschap voldoet ten spoedigste, doch uiterlijk een jaar na de datum van inwerkingtreding van deze wet aan artikel 194 lid 1, laatste volzin. Is het register als bedoeld in dat artikel een maand vóór de datum van de eerste algemene vergadering na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet nog niet overeenkomstig artikel 194 lid 1, laatste volzin, voltooid, dan is artikel 223, leden 2 en 3 zoals dit luidde voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, van toepassing. Houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de vennootschap schriftelijk verzoeken hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register. Indien het bestuur dit verzoek afwijst, kunnen de houders van de certificaten

de rechtbank verzoeken het bestuur op te dragen hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register.

Voor de houders van certificaten die onder de oude wet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven is in lid 6 nog een andere overgangsbepaling opgenomen:

Wettekst van lid 6 voor houders van certificaten met medewerking toegekend

Zijn er voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet met medewerking van de vennootschap certificaten van haar aandelen uitgegeven, dan dient de vennootschap bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht te verbinden aan de houders van deze certificaten overeenkomstig artikel 227 lid 2. Tot het moment van die statutenwijziging worden onder certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden tevens verstaan certificaten die voor inwerkingtreding van de wet over vergaderrecht beschikten en die in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen.

In de nieuwe wet kunnen certificaathouders op twee manieren vergaderrechten krijgen.

Ten eerste door een expliciete bepaling bij de statuten; het vergaderrecht kan dan niet meer zonder instemming van de certificaathouder worden afgenomen door een statutenwijziging tenzij die bevoegdheid tot wijziging in de statuten expliciet is voorbehouden.

Ten tweede door een besluit van een in de statuten aangewezen orgaan; dat orgaan kan ook het recht krijgen om het vergaderrecht te wijzigen en te ontlenen.

Voor certificeringen die hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van de Wet flex-bv is een specifieke overgangsbepaling opgesteld. Onder de oude wet werden aandelen gecertificeerd met medewerking (“bewilliging”) of zonder medewerking van de vennootschap. Houders van certificaten die met medewerking zijn toegekend, hadden vergaderrecht

21. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 18. Hoewel notarissen bij de oprichting letten op bankverklaringen en accountantsverklaringen blijkt er in de praktijk toch wel soms iets fout te gaan met het vereiste tot storting van het minimumkapitaal. Zie ook noten 38 en 39 bij M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *WPNR* 2010, 6857. Extra zorgvuldigheid is nodig bij de eenvoudige evenredigheidsplitsing van art. 2:334 hh lid 2 BW, aangezien daar geen accountant meer aan te pas komt.

22. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, nr. 3, p. 20 (MvT).

23. Aansprakelijkheid dus niet gebaseerd op art. 2:207 lid 3 Wet flex-bv, maar op onbehoorlijk bestuur (art. 2:9, 2:248) of onrechtmatige daad van art. 6:162 BW (bijvoorbeeld door de curator namens de gezamenlijke schuldeisers) en zie voor rechtspraak: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II-2009*, nr. 440 e.v.

ten en volgens de wetgever behouden zij die rechten ook onder de nieuwe wet. Uitgangspunt van de nieuwe wet is bestending van de oude regeling.²⁴ Onder de oude wet bestond er echter vaak onduidelijkheid over de vraag of de vennootschap medewerking had verleend.²⁵ De overgangsbepaling probeert daar nu duidelijkheid over te krijgen. Het uitgangspunt van de wetgever voor het verbinden van vergaderrecht aan houders van certificaten is de kenbaarheid van de aanwezigheid van vergadergerechtigde certificaathouders door hen op te nemen in het aandeelhoudersregister van de vennootschap.

De vennootschap heeft één jaar de tijd om van houders van certificaten met vergaderrecht de door de nieuwe wet vereiste gegevens in het aandeelhoudersregister in te schrijven. In het register moet worden gemeld: de namen en adressen van de certificaathouders, de datum waarop het vergaderrecht aan de certificaten is verbonden en de datum van erkenning of betekening. Deze certificaathouders kunnen het vergaderrecht hebben zonder dat de statuten dat al regelen. Een vermelding in het register kan in de overgangsperiode derhalve voldoende zijn om het vergaderrecht te krijgen. De vennootschap kan zelf het initiatief nemen om de certificaathouders in te schrijven in het register. Als de vennootschap alle gegevens heeft, kan zij buiten de certificaathouders om de inschrijving verzorgen. Het is echter de vraag of de vennootschap wel de juiste gegevens ter beschikking heeft. Het lijkt verstandiger in dat geval dat de vennootschap bij het administratiekantoor of direct bij de certificaathouders de volledige gegevens opvraagt. Het administratiekantoor zal een register van certificaathouders bijhouden en over de vereiste gegevens beschikken. Uitgangspunt van de overgangsregeling is dat de certificaathouders zelf een verzoek bij de vennootschap indienen voor de inschrijving in het register. Indien het bestuur dat verzoek afwijst, kunnen de certificaathouders de rechtbank verzoeken het bestuur van de vennootschap op te dragen hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register.

Indien de gegevens van de certificaathouders niet tijdig in het register zijn opgenomen dat wil zeggen één maand vóór de datum van de eerste algemene vergadering na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, geschiedt de oproeping tot de algemene vergadering van de certificaathouders op de wijze zoals de oude wet dat bepaalde (art. 2:223 leden 2 en 3 BW). Dat zou kunnen betekenen dat certificaathouders moeten worden opgeroepen door een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad, tenzij de statuten het anders regelen. Statuten gaven vaak een andere regeling en het kan verstandig zijn om die andere regeling nog niet uit de statuten te halen zolang de kwestie over de vergaderrechten nog niet is opgelost. Bovendien kan het gebeuren dat nog niet alle houders van bewilligde certificaten in het register zijn opgenomen. Wij zouden willen aannemen dat de

oude oproepingsformaliteiten blijven gelden voor alle vergaderingen totdat inschrijving van alle vergadergerechtigde certificaathouders in het register heeft plaatsgevonden. De vennootschap kan bij twijfel aan het bestuur van het administratiekantoor wellicht een verklaring vragen dat er geen andere houders van certificaten bij het administratiekantoor bekend zijn.

De aanwezigheid van certificaathouders met vergaderrechten blijkt uit het bijgewerkte register en het is volgens de wetgever niet nodig over te gaan tot een onmiddellijke statutenwijziging. Wel kan men zich afvragen wat een statutenwijziging moet omvatten als op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe wet al in de statuten is geregeld dat bepaalde houders van certificaten het vergaderrecht hebben. Uit de tekst van lid 6 valt op te maken dat houders van certificaten waarvoor in de statuten nog geen regeling is opgenomen en die uitstaan ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe wet het vergaderrecht alleen hebben als zij in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen. Als de statuten wel al expliciet het vergaderrecht toekennen, dan blijft dat in stand en een nieuwe statutenwijziging is volgens ons dan overbodig. In veel oude statuten is echter alleen opgenomen dat de vennootschap medewerking «kan» verlenen aan de certificering en dat de houders van met medewerking uitgegeven certificaten vergaderrecht hebben. Dat kan betekenen dat er ook nog niet-bewilligde certificaten in omloop zijn. Het vergaderrecht blijkt dan niet uit de statuten. Na de bijwerking van het aandeelhoudersregister moet in dat geval in de statuten worden opgenomen dat de houders van die certificaten vergaderrechten hebben.

De letterlijke tekst van lid 6 lijkt niet een weerspiegeling te zijn van hetgeen de wetgever in de memorie van toelichting heeft verklaard. De wetgever deelde daar mede dat houders van certificaten die met medewerking zijn toegekend, vergaderrechten hadden en die rechten behouden onder de nieuwe wet.²⁶ Blijkens deze overgangsbepalingen hebben deze certificaathouders echter eerst weer vergaderrecht nadat zij zijn opgenomen in het aandeelhoudersregister. Indien de vennootschap voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet steeds alle certificaathouders als vergadergerechtigden heeft behandeld en dus duidelijk medewerking aan de certificering heeft gegeven, zal de redelijkheid en billijkheid met

24. *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 82 en herhaald in *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 14.

25. Zie onder andere over de enge en ruime leer onder het oude recht R.J. Wouters, 'Certificering onder het nieuwe BV-recht: werkt het zo (wel) voor de praktijk?', *TOP*, sept 2011, p. 238. De Ondernemingskamer lijkt te hebben gekozen voor de enge leer, OK 21 juni 2007, *JOR* 2007/182 (The Greenery).

26. Zie *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 82 en herhaald in *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 14.

zich mee brengen dat de vennootschap hen als vergadergerechtigden blijft behandelen (zie ook het hiervoor genoemde art. 75 Overgangswet NBW). Het bestuur van de vennootschap zal dan niet kunnen volhouden dat deze certificaathouders de vergaderrechten opeens niet meer kunnen uitoefenen omdat ze niet in het register staan of op goede gronden kunnen weigeren hen in het register in te schrijven. Van behoorlijk handelen zal geen sprake zijn. De certificaathouders kunnen de inschrijving in het register altijd afdwingen via de rechter en zelfs via de voorzieningenrechter. De inschrijving in het register is nodig om de certificaathouders persoonlijk te kunnen oproepen. Bij de eerstvolgende statutenwijziging kan het vergaderrecht expliciet in de statuten worden opgenomen.

Deze overgangsbepaling zal voor de praktijk nog jaren van belang blijven. Houders van certificaten die uitgegeven zijn vóór inwerkingtreding van de nieuwe wet hebben vergaderrecht als zij in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen, ook als de statuten daarover nog niets bepalen. De wet schrijft alleen voor dat bij de eerstvolgende statutenwijziging het vergaderrecht statutair aan de houders van die certificaten moet worden verbonden. De eerstvolgende statutenwijziging kan nog heel lang uitblijven. Bij de eerstvolgende statutenwijziging zal deze verplichting mogelijk worden vergeten, omdat de betrokken certificaathouders al vergaderrecht hebben en niet meer stil gestaan wordt bij deze overgangsbepaling.

Deze overgangsbepaling betekent dat bij een eerstvolgende statutenwijziging de volgende punten moeten worden gecontroleerd:

1. Zijn er certificaten vóór inwerkingtreding van de nieuwe wet uitgegeven? Zo ja dan door naar 2.
2. Moet aan die certificaathouders vergaderrecht worden toegekend door hen op te nemen in het aandeelhoudersregister? Zo ja dan door naar 3.
3. Als de gegevens van die certificaathouders in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen, is het vergaderrecht in de statuten al aan de certificaten verbonden? Zo nee, dan moeten de statuten alsnog op dat punt worden aangepast.

3.2. Overgangsregeling blokkeringsregeling *Wettekst van lid 2*

De overdracht van aandelen die plaatsvindt na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet voldoet aan het vereiste als bedoeld in artikel 195 lid 1 indien deze aandelen vóór dat tijdstip zijn aangeboden overeenkomstig artikel 195 zoals dit tevoren luidde.

Onder de oude wet was een blokkering verplicht maar bestond een wettelijke vrijstelling van de blokkering bij een aanbieding aan de echtgenoot of geregistreerd partner, aan de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn onbeperkt en in de zijlijn in de tweede graad, aan een medeaandeelhouder en aan de vennootschap zelve (de wettelijke vrije kring). In de statuten werd een aanbieding aan deze personen vaak wel expliciet onder de blokkering gebracht. Onder de nieuwe wet geldt bij vervreemding van aandelen de verplichting tot aanbieding aan medeaandeelhouders indien de statuten niet anders bepalen. De statuten kunnen zelfs bepalen dat er geen blokkeringsregeling van toepassing is. De nieuwe wet kent deze wettelijke vrije kring niet meer. In de statuten kan onder de nieuwe wet wel een vrije kring worden gecreëerd. Vennootschappen die onder de oude wet de wettelijke vrije kring niet in de statuten hadden staan en de vrije kring ook niet uitsloten of beperkten, hadden de vrije kring op grond van de oude wet. Deze vennootschappen verliezen de vrije kring onder de nieuwe wet. Willen deze vennootschappen een vrije kring behouden dan moeten zij die alsnog uitschrijven in de statuten.

In deze overgangsbepaling wordt geregeld dat de overdracht geldig is indien aandelen zijn aangeboden overeenkomstig het oude art. 195 BW en de overdracht eerst plaatsvindt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet (zonder wettelijke vrije kring). De overdracht wordt dus niet onderworpen aan een overgangsrechtelijke beperking. Als de aanbieding heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet overeenkomstig de regeling die op dat moment van toepassing was, dan is de overdracht na de inwerkingtreding van de nieuwe wet overeenkomstig die aanbieding geldig. Het betekent niet dat de aanbieding ook vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet moet zijn aanvaard. Het kan dus van belang zijn om documenten waaruit het aanbod blijkt te bewaren. Deze overgangsbepaling is niet van toepassing als het aanbod heeft plaatsgevonden onder de oude wet en de statutaire blokkeringsregeling (vóór of) na inwerkingtreding van de nieuwe wet via een statutenwijziging wordt aangepast. In dat geval is van toepassing de op het moment van overdracht in de statuten opgenomen blokkeringsregeling.

Deze overgangsbepaling ziet eigenlijk alleen op de gevallen waarbij vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet wordt aangeboden aan personen behorende tot de wettelijke vrije kring terwijl in de statuten de vrije kring niet is beperkt of uitgeschreven. Zonder deze overgangsbepaling zouden de aandelen na inwerkingtreding van de nieuwe wet moeten worden aangeboden aan de medeaandeelhouders overeenkomstig het alsdan geldende art. 2:195 lid 1 BW.

Voorbeelden

- Vóór inwerkingtreding van de Wet flex-bv worden aandelen aangeboden aan de vennoot-

schap zelf (inkoop). De statuten kennen op dat moment geen beperking van de vrije kring en de wettelijke vrije kring geldt; de vennootschap behoort ook tot de vrije kring. De overdracht aan de vennootschap vindt plaats na inwerkingtreding van de nieuwe wet. Op dat moment kent de wet geen vrije kring meer, maar vanwege deze overgangsbepaling kan de overdracht toch nog geldig plaatsvinden.

- Vóór inwerkingtreding van de Wet flex-bv worden aandelen aangeboden aan de vennootschap zelf (inkoop). In de statuten is op dat moment de vrije kring uitgeschreven; de vennootschap behoort ook tot de vrije kring. De overdracht aan de vennootschap vindt plaats na inwerkingtreding van de nieuwe wet en de statuten worden niet gewijzigd. Op dat moment kent de wet geen vrije kring meer, maar de statuten kennen wel ten tijde van de overdracht de vrije kring. De regeling in de statuten is van toepassing en de overdracht is niet geblokkeerd.

Deze overgangsbepaling zal spoedig na de invoering van de Wet flex-bv niet meer kunnen worden toegepast.

3.3. *Overgangsregeling aansprakelijkheidsverklaringen*

Wettekst van lid 3

Op de aansprakelijkheidsverklaring als bedoeld in de artikelen 204a, derde lid, onder a, en 204b, derde lid, die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn neergelegd bij het handelsregister, blijft artikel 404 van toepassing.

Soms maakten vennootschappen onder het oude recht gebruik van de mogelijkheid om een vrijstelling te krijgen van de verplichting tot het opstellen van een beschrijving en een accountantsverklaring bij de inbreng bij of na oprichting op aandelen. Daartoe was onder andere vereist dat de rechtspersoon die de aandelen zou nemen of een groepsmaatschappij bij het handelsregister waar de uitgevende vennootschap was ingeschreven een hoofdelijke aansprakelijkheidsverklaring neerlegt voor de uit rechtshandelingen van de vennootschap voortvloeiende schulden. De vrijstelling kon ook worden gebruikt bij de Nachgründungsprocedure. Onder de nieuwe wet vervalt de kapitaalbescherming ten aanzien van de inbreng en de vrijstelling via een hoofdelijke aansprakelijkheidsverklaring is niet meer nodig voor nieuwe gevallen.

Onder de oude wet kon deze aansprakelijkheidsverklaring niet binnen 2 jaar na de inbreng worden ingetrokken. Deze beperking van 2 jaar is met het schrappen van de kapitaalbeschermingsbepalingen vervallen. Op de intrekking van reeds afgelegde aansprakelijkheidsverklaringen blijft nog wel de procedure van art. 2:404 BW van toepassing. De aanspra-

kkelijkheidsverklaring komt dus niet automatisch te vervallen door de invoering van de Wet flex-bv. Dat betekent dat intrekking kan geschieden door een verklaring bij het handelsregister neer te leggen. De periode van 2 jaar hoeft niet meer afgewacht te worden. Als de uitgevende vennootschap niet meer tot de groep behoort kan ook de overblijvende aansprakelijkheid – de aansprakelijkheid voor rechtshandelingen verricht voordat een beroep op de intrekking kon worden gedaan – worden beëindigd. Daarvoor moet wel de uitgebreide procedure van art. 2:404 lid 3 BW worden gevolgd (mededelen aan handelsregister, aankondiging in landelijk verspreid dagblad en twee maanden mogelijkheid van verzet voor schuldeisers).

Deze overgangsbepaling zal voor de praktijk nog jaren van belang kunnen zijn.

3.4. *Overgangsregeling kapitaalvermindering*

Wettekst lid 4

Op een besluit als bedoeld in artikel 208, eerste lid, dat vóór de datum van inwerkingtreding van deze wet is genomen, blijven de artikelen 208 en 209 van toepassing zoals die tevoren luiden.

De oude kapitaalverminderingprocedure (besluit deponeren bij handelsregister, advertentie in landelijk verspreid dagblad en 2 maandenverzetstermijn voor schuldeisers) komt te vervallen. Onder de nieuwe wet dient onderscheid te worden gemaakt in een kapitaalvermindering met terugbetaling, een kapitaalvermindering met ontheffing van de stortingsplicht en een kapitaalvermindering zonder terugbetaling (intrekking van ingekochte aandelen en “afstempeling” van een verlies). Voor de kapitaalvermindering met terugbetaling onder het nieuwe recht geldt dezelfde toets als voor het doen van uitkeringen (art. 2:208 lid 6 juncto art. 2:216 leden 2 tot en met 4 BW; goedkeuring bestuur met risico op aansprakelijkheid ex art. 2:9 of 2:248 BW bij niet betalen opeisbare schulden en mogelijke terugbetaling van een tekort door aandeelhouders). Voor een kapitaalvermindering met terugbetaling alsmede voor een kapitaalvermindering met ontheffing van de stortingsplicht geldt bovendien dat die alleen zijn toegestaan voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves (art. 2:208 lid 6 BW). Voor een kapitaalvermindering zonder terugbetaling geldt geen specifieke vermogenstoets of waarborg. Een besluit tot kapitaalvermindering onder de nieuwe wet wordt in beginsel direct van kracht.

Voor besluiten tot kapitaalvermindering genomen vóór de inwerkingtreding van de Wet flex-bv blijven de oude artikelen van toepassing. Het gaat dus om oude besluiten die op het moment van inwerkingtreding nog niet zijn geformaliseerd. Indien na het besluit de verzetstermijn van twee maanden onder

de oude wet nog lopende is na inwerkingtreding van de Wet flex-bv, zal die gewoon doorlopen. Als er zekerheden zijn gesteld onder de oude wet dan blijven die in stand. Als het besluit is genomen op een dag gelegen voor de inwerkingtreding van de Wet flex-bv en de procedure nog niet in gang is gezet (nog geen opgaaf aan het handelsregister en geen advertentie), zal ook na inwerkingtreding van de Wet flex-bv de oude procedure gevolgd moeten worden. Indien men in dat laatste geval de procedure wil verkorten en het besluit tot kapitaalvermindering nog niet openbaar is gemaakt, kan overwogen worden het oude besluit te herroepen en na inwerkingtreding van de nieuwe regeling een nieuw besluit te nemen. Dat nieuwe besluit wordt dan direct van kracht.

In de praktijk komt het wel eens voor dat er een besluit tot intrekking van aandelen (kapitaalvermindering) onder de oude wet is genomen waarna vergeten is de voorgeschreven verzetprocedure voor de kapitaalvermindering te volgen. Het gevolg hiervan is dat de aandelen in vennootschapsrechtelijke zin niet zijn ingetrokken. Gelet op deze overgangsbepaling zal er aan het oude besluit na inwerkingtreding van de Wet flex-bv nog uitvoering moeten worden gegeven door de oude verzetsprocedure te volgen.

3.5. Overgangsregeling oproeping algemene vergaderingen

Wettekst lid 5

De termijn voor de oproeping van een vergadering als bedoeld in artikel 225 is van toepassing op alle vergaderingen die gehouden worden vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.

Onder de oude wet geschiedt de oproeping niet later dan op de vijftiende dag voor de dag van de vergadering. Onder de Wet flex-bv geschiedt de oproeping niet later dan op de achtste dag voor de dag van de vergadering. Hier is sprake van een zeer beperkte overgangsregeling. Lid 5 regelt dat voor alle aandeelhoudersvergaderingen die gehouden worden na de inwerkingtreding van de nieuwe wet de verkorte oproepingstermijn geldt. De vergadering kan al met de verkorte termijn worden opgeroepen mits de vergadering wordt gehouden na de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Wel dient men te letten op de termijnen die de statuten nog stellen. Aangezien de nieuwe wet alleen een minimumtermijn geeft, zal de in de meeste statuten opgenomen en uitgeschreven (oude) langere oproepingstermijn nog van toepassing blijven. De hoofdregel uit art. 71 van de Overgangswet NBW waarbij bij fictie de nieuwe wet geldt, is mijns inziens - nu de nieuwe wet ook een langere termijn toestaat - niet van toepassing. Een aanpassing van de bestaande statuten zal in dat laatste geval nodig zijn als men de verkorte termijn wil toepassen. Indien in de bestaande statuten echter

alleen (of helemaal niet) wordt verwezen naar art. 2:225 BW (de oproepingstermijn), zal op grond van art. 71 Overgangswet NBW de nieuwe termijn wel direct van toepassing zijn en in dat geval kan ook gebruik gemaakt worden van deze overgangsbepaling.

Deze overgangsbepaling zal kort na de inwerkingtreding van de Flex BV zijn uitgewerkt.

3.6. Overgangsregeling voor belet en ontstentenis van commissarissen

Wettekst lid 7

De vennootschap dient bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van deze wet de statuten in overeenstemming te brengen met artikel 252 lid 4.

Anders dan onder de oude wet moet onder de Wet flex-bv ook voor commissarissen een regeling voor belet en ontstentenis in de statuten worden opgenomen (art. 2:252 lid 4 BW). De statuten kunnen verder nader bepalen wanneer er sprake is van belet. Het is niet nodig hiervoor direct na inwerkingtreding de statuten te wijzigen. Wel moet het bestuur er rekening mee houden dat de wet voorschrijft dat bij de eerstvolgende statutenwijziging deze regeling in de statuten wordt opgenomen.

Deze overgangsbepaling zal voor de praktijk nog jaren van belang zijn; er is immers geen termijn gesteld aan de eerstvolgende statutenwijziging.

4. Overgangsrecht Wet bestuur en toezicht

Uitgangspunt van de nieuwe wet is onmiddellijke werking en geen terugwerkende kracht. De nieuwe wet bevat drie artikelen inzake het overgangsrecht (art. IV, V en VI) en een artikel met uitgestelde werking (art. VII). Het overgangsrecht is geschreven (i) voor de handhaving van de mogelijkheid tot bekrachtiging van transacties met een tegenstrijdig belang die zijn verricht voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, (ii) voor de vraag of oude statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang nog moeten worden gevolgd, (iii) voor de verduidelijking dat arbeidsovereenkomsten die tussen een vennootschap met genoteerde effecten en de directeur voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn afgesloten blijven doorlopen en (iv) voor de verduidelijking dat de limitering van de functies niet van toepassing is op benoemingen of aanwijzingen voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Hierna volgt per artikel een nadere beschouwing.

4.1. Art. IV (tegenstrijdig belang)

1. De algemene vergadering kan, indien een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voorafgaand aan de inwerkingtreding van

deze wet is vertegenwoordigd door het bestuur of een bestuurder terwijl er een tegenstrijdig belang was met een of meer bestuurders, die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen op of na de datum van inwerkingtreding van de wet.

2. Tenzij uit de wet anders voortvloeit, kan geen beroep worden gedaan op een statutaire regeling die inhoudt dat de naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt vertegenwoordigd door een ander dan het bestuur of een bestuurder in alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders.

Onder het oude recht was de vennootschap in geval van onbevoegde vertegenwoordiging door tegenstrijdig belang in beginsel niet aan de vertegenwoordigingshandeling gebonden. De rechtshandeling was ten opzichte van de vennootschap als ongeldig of anders uitgedrukt - als nietig te beschouwen (externe werking).²⁷ Onder het nieuwe recht is alleen nog sprake van interne werking. In situaties van persoonlijk tegenstrijdig belang moet een bestuurder zich voortaan onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Indien deze gedragsnorm wordt geschonden, heeft dat tot gevolg dat de vennootschap het besluit kan laten vernietigen (art. 2:15 BW) en indien hij de vennootschap schade heeft berokkend, kan de bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk zijn. De derde is in beginsel gebonden aan de overeenkomst en de vernietiging van het besluit raakt hem niet. De nieuwe regeling inzake het tegenstrijdig belang geldt zowel voor een BV als voor een NV.

Er is geen specifieke overgangsregeling gemaakt voor de transacties die onder de oude wet hebben plaatsgevonden en waarbij een bestuurder een tegenstrijdig belang had. Anders dan onder overgangsbepalingen bij de Wet flex-bv wordt hier niet verwezen naar de art. 79, 80 en 81 van de Overgangswet NBW voor de vraag of oude rechtshandelingen alsnog onaantastbaar en geldig worden. De wetgever gaat voor deze oude gevallen van tegenstrijdig belang uit van de hoofdregel dat transacties die voorafgaand aan de nieuwe wet hebben plaatsgevonden, beoordeeld moeten worden aan de hand van het recht dat gold op het moment van de transactie. De wetgever heeft bewust niet gekozen voor een generaal pardon²⁸. Hij vindt het niet goed verdedigbaar om de nieuwe regels toe te passen op oude gevallen, omdat partijen ten tijde van de transactie niet met het nieuwe recht rekening hoefden te houden.

De wetgever heeft in lid 1 wel een specifieke overgangsbepaling gemaakt om de reparatiemogelijk-

heid van een situatie met tegenstrijdig belang achteraf te behouden. De algemene vergadering kan onder de nieuwe wet nog steeds achteraf de vertegenwoordiging met tegenstrijdig belang bekrachtigen door de bestuurder die heeft gehandeld als vertegenwoordiger aan te wijzen. Zonder deze specifieke overgangsbepaling zou door het vervallen van de oude wetsartikelen deze bekrachtiging door de algemene vergadering niet meer mogelijk zijn. Kortom: transacties die onder de oude wet met tegenstrijdig belang zijn verricht, kunnen nog altijd worden gerepareerd.

Lid 2 zorgt ervoor dat een statutaire regeling met een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid vanwege tegenstrijdig belang geen rechtskracht meer heeft. Bij transacties hoeft derhalve niet meer gelet te worden op de oude statutaire bepalingen inzake het tegenstrijdig belang. Een statutenwijziging is hiervoor niet nodig. Het is aan te bevelen de oude regeling inzake het tegenstrijdig belang uit de statuten te halen; dat geeft duidelijkheid en daarmee worden mogelijke vergissingen voorkomen. Immers bestuurders en aandeelhouders die niet goed door hebben dat de oude regeling geen rechtskracht meer heeft, zouden kunnen denken dat gelet op de tekst in de statuten de algemene vergadering een ander persoon moet aanwijzen om de vennootschap bij een transactie met tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen; het effect hiervan is dat er mogelijk onbevoegd wordt vertegenwoordigd, terwijl men juist een bevoegde vertegenwoordiging wilde bereiken.

4.2. *Art. V (bestaande arbeidsovereenkomsten)*

Op arbeidsovereenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van deze wet is artikel 132 lid 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing.

In art. 2:132 lid 3 BW wordt geregeld dat de rechtsverhouding van een bestuurder met een beursvennootschap in civielrechtelijke zin niet wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. In civielrechtelijke zin zal veelal sprake zijn van een overeenkomst tot opdracht. De "arbeidsverhouding" van de bestuurder met de vennootschap wordt voor de loonbelasting aangemerkt als een fictieve dienstbetrekking en voor de sociale verzekeringswetten in beginsel gelijkgesteld met een dienstbetrekking in de zin van de sociale verzekeringswetten.

27. HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (Nieuwe Steen).

28. Zie Nowak, *Ondernemingsrecht* 2008, 174 en Leijten, *Ondernemingsrecht* 2009, 144.

Arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor de inwerkingtreding van de wet blijven doorlopen. Men dient wel uit te kijken bij arbeidsovereenkomsten die voor bepaalde tijd zijn aangegaan en die eindigen na de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Art. 2:132 lid 3 BW verzet zich tegen een verlenging van de arbeidsovereenkomsten. Bestuurders hebben echter vaak een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook al worden zij periodiek benoemd of herbenoemd tot statutair bestuurder.

4.3. *Art. VI (limitering functies)*

De artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing op de benoeming of aanwijzing van personen tot bestuurder of commissaris die voor de datum van inwerkingtreding van deze wet heeft plaatsgevonden.

In de genoemde artikelen is een limitering opgenomen voor bestuursfuncties en toezichtfuncties in verband met de benoeming bij grote NV's, BV's en stichtingen. In het kort betekent dit a) dat niet tot bestuurder benoemd kan worden een persoon die bij meer dan 2 grote rechtspersonen commissaris is en ook niet een persoon die voorzitter van de raad van commissarissen is van een grote rechtspersoon en b) dat niet tot commissaris benoemd kan worden een persoon die commissaris is bij 5 of meer andere grote rechtspersonen (waarbij het voorzitterschap dubbel telt).²⁹ Een benoeming is nietig als de benoemde persoon op dat moment teveel functies had; volgens de nieuwe wet zal dat geen gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan eventueel al is deelgenomen.

De overgangsregeling maakt duidelijk dat de limitering van het aantal functies niet geldt voor benoemingen die hebben plaatsgevonden voor het moment van inwerkingtreding van de wet. Relevant is derhalve het moment van de benoeming.³⁰ Bij de eerstvolgende benoeming of herbenoeming na inwerkingtreding van de nieuwe wet zal voor de vraag of die (her)benoeming geldig is voor de eerste maal moeten worden beoordeeld of alsdan wordt voldaan aan de grenzen die de wet stelt.

4.4. *Art. VII (uitgestelde werking het vervallen van de regels inzake evenwichtige verdeling zetels)*

Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd (lees per 1 januari 2016):

- A. Artikel 166 vervalt.
- B. Artikel 276 vervalt.
- C. Artikel 391 lid 7 vervalt.

In voormelde artikelen is geregeld dat er sprake is van een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen bij een grote BV en NV indien ten minste 30% van de zetels wordt

bezet door vrouwen en ten minste 30% van de zetels door mannen. Indien een vennootschap geen evenwichtige samenstelling heeft, moet daarover uitleg worden gegeven in het jaarverslag ("pas toe of leg uit"). De wetgever verwacht dat mede door deze wet de samenstelling eerder ter discussie zal staan. De regeling komt van rechtswege op 1 januari 2016 te vervallen. De wetgever laat het over aan het alsdan zittende kabinet om te bepalen of er aanleiding is voor verlenging van de regeling.

5. **Conclusie**

Daar waar het overgangsrecht specifieke bepalingen bevat, is de uitwerking meestal wel duidelijk en begrijpelijk. De regeling inzake het vergaderrecht dat door inschrijving in het aandeelhoudersregister verbonden moet worden aan certificaten waaraan voor de Wet flex-bv al vergaderrechten kleefden, is niet in alle opzichten redelijk te noemen. Voor transacties die met een tegenstrijdig belang zijn verricht voor de invoering van de Wet bestuur en toezicht had beter een generaal pardon kunnen worden opgenomen. Dat was mogelijk geweest door art. 81 Overgangswet NBW van toepassing te verklaren. Het algemene deel van de overgangsbepalingen waar verwezen wordt naar artikelen uit de Overgangswet NBW brengt niet altijd de gewenste duidelijkheid. In de praktijk zal men statutaire bepalingen vaker dan nu moeten gaan interpreteren. Het is beter om dat te voorkomen en de statuten na de invoering van de Wet flex-bv aan te passen.

29. Bij amendementen van 20 april 2012 is voorgesteld de dubbeltelling te schrappen en voorgesteld de limitering van functies te laten vervallen per 1 juli 2017 (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, nr. 11 en nr. 10).

30. Een benoeming bij groepsmaatschappijen geldt als één benoeming, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, nr. 6. Bij amendement van 20 april 2012 is voorgesteld een benoeming zonder bezoldiging niet als een benoeming te laten gelden voor de limitering van de functies, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, nr. 9).