

## De reflexwerking van de Flex-BV

Mr. Jos Beckers<sup>1</sup> en Prof. mr. Geert Raaijmakers<sup>2</sup>

### 1. Inleiding

Na de inwerkingtreding van de Flex-BV rijst de vraag naar mogelijke implicaties voor het NV-recht. Dit wordt ook wel de reflexwerking van de Flex-BV genoemd. Zo kan men zich afvragen of een rechter bij de beoordeling van een dividenduitkering bij een NV naar analogie de uitkeringstest van art. 2:216 BW mag hanteren of in hoeverre het in art. 2:239 lid 4 BW geschrapte onderscheid tussen algemene en concrete instructies ook voor de NV irrelevant is geworden. In de literatuur worden dit soort kwesties aangeroerd, maar doorgaans niet opgelost. Intussen beginnen de praktijkvragen zich op te stapelen. De wetgever, hoewel van diverse kanten gewaarschuwd voor interpretatieproblemen, kwam niet verder dan:

*"Tegen beïnvloeding van het nv-recht via de rechter bestaat in beginsel geen bezwaar, omdat het kan bijdragen aan verduidelijking van knelpunten die zich ook in het nv-recht voordoen. Niettemin verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur om een aantal knelpunten van technische aard die ook in het nv-recht spelen, door een wetswijziging op te lossen."*<sup>3</sup>

In deze bijdrage staan wij eerst kort stil bij de stand van zaken rond de herhaaldelijk aangekondigde herziening van het NV-recht (par. 2). Vervolgens komt aan de orde wat moet worden verstaan onder reflexwerking van het BV-recht (par. 3.1). Meer in het bijzonder gaat het ons om de analoge toepassing van BV-regels op NV's door de rechter. In dat verband onderzoeken wij of hiervoor criteria geformuleerd kunnen worden (par. 3.2), om vervolgens aan de hand van enkele belangrijke wijzigingen voor de Flex-BV te kunnen beargumenteren waarom analoge toepassing wel of niet gerechtvaardigd is (par. 4).

### 2. Achtergrond

De vraag naar de reflexwerking is eerst gerezen naar aanleiding van de flexibilisering van het BV-recht. Als gevolg daarvan zijn immers de regelingen voor de BV en de NV voor het eerst sinds 1976 materieel gaan divergeren.

#### 1. De BV als besloten-NV

Zoals bekend werd de BV in 1971 ingevoerd als afzonderlijke rechtsvorm naast de NV om vennootschappen de mogelijkheid te bieden zich aan de verplichting tot publicatie van hun jaarrekening te onttrekken.<sup>4</sup> Strikt genomen hoefde daarvoor niet noodzakelijk een nieuwe rechtsvorm gecreëerd te worden; het publicatieregime gold - nota bene op instigatie van Nederland - niet voor "besloten naamloze vennootschappen".<sup>5</sup> De Eerste Richtlijn, waaruit de publicatieverplichting voortkomt, stelde daaraan enkele voorwaarden die de beslotenheid van de BV moeten waarborgen, met de verplichte blokkeringsregeling als belangrijkste kenmerk.

<sup>1</sup> Wetenschappelijk medewerker te Amsterdam, tevens verbonden aan het Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>2</sup> Advocaat te Amsterdam en hoogleraar ondernemings- en effectenrecht aan de VU.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 6, p. 3.

<sup>4</sup> Wet van 3 mei 1971, Stb. 1971, 286 (Kamerstukken 10 689).

<sup>5</sup> Zie nader J.W. Winter, BV, NV en beursvennootschap, in: Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht (Uitgave vanwege het IVO deel 51), Kluwer 2005, p. 104-105.

Met name gelet op het beperkte doel van de BV vond er geen fundamentele discussie plaats en werd zij in grote lijnen een kopie van de NV.<sup>6</sup> Sindsdien is er lange tijd paralleliteit tussen NV- en BV-recht geweest. Verschillende Europese vennootschapsrecht-richtlijnen noopten weliswaar slechts tot aanpassing van het NV-recht, maar in Nederland is er consequent voor gekozen om in het kielzog daarvan ook het BV-recht - doorgaans dienovereenkomstig - aan te passen. Voorbeelden zijn de Tweede Richtlijn betreffende kapitaalbescherming en de Derde Richtlijn betreffende fusie. De paralleliteit werd op haar beurt versterkt doordat andersom ook Europese voorschriften die enkel voor BV's golden, in Nederland ook voor de NV zijn geïmplementeerd.<sup>7</sup>

## II. Van beslotenheid naar flexibiliteit

Met het gewijzigde BV-recht is het accent verschoven van beslotenheid naar flexibiliteit.<sup>8</sup> Weliswaar blijft de blokkeringsregeling als *opt out*-faciliteit bestaan (art. 2:195 BW) en schrijft de wet nog steeds aandelen op naam voor (art. 2:175 BW), maar dat hierdoor het besloten karakter van de BV wordt benadrukt, zoals de Minister het voorstelde<sup>9</sup>, valt niet goed in te zien.

Met het karakter van de BV is tegelijk de verhouding tot de NV gewijzigd. Waar de BV zich voorheen van de NV onderscheidde door een beperkt aantal bepalingen die haar beslotenheid dienden te garanderen, manifesteren de verschillen als gevolg van de flexibilisering van het BV-recht zich thans veel breder.<sup>10</sup> Waar de BV in het verleden steeds achter de NV aanliep, is zij als rechtsvorm nu aan de eisen van de moderne tijd aangepast, terwijl dat voor de NV nog niet is gebeurd.

## III. Toekomst NV-recht

Een logische vraag na de herpositionering van de BV ten opzichte van de NV is dan ook wat nu te doen met het NV-recht. Wat dat betreft staat het vennootschapsrecht opnieuw op een historisch kruispunt. In de discussie zijn de volgende opties de revue gepasseerd:

- afschaffing van de NV<sup>11</sup>
- geen aanpassing van het NV-recht<sup>12</sup>
- beperkte aanpassing<sup>13</sup>
- (brede) flexibilisering van het NV-recht<sup>14</sup>
- fundamentele herziening met aandacht voor het onderscheid tussen beurs- en niet-beursvennootschappen<sup>15</sup>

Voor een parallel aan de Flex-BV lopend wijzigingstraject voor de NV is destijds niet gekozen omdat, mede gelet op het feit dat de NV op meer punten afhankelijk is van Europese regelgeving<sup>16</sup>, hierdoor het risico ontstond dat de flexibilisering van het BV-recht vertraging zou oplopen. Een flexibilisering zoals bij de BV lijkt de Minister ook overigens niet opportuun te vinden:

<sup>6</sup> Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/7.

<sup>7</sup> Wij noemen de richtlijn betreffende de eenpersoonsvennootschap (*PbEG* 1989, L 395/40).

<sup>8</sup> Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/16.

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 12.

<sup>10</sup> Dat is overigens bewust beoogd. De Expertgroep kreeg in 2002 als richtsnoer mee "dat de vereenvoudiging van het recht voor besloten vennootschappen moet leiden tot verdere profilering van de bv ten opzichte van de nv (en de SE)." Zie de departementale Achtergrondnotitie, nr. 3 (kenbaar als bijlage bij het rapport van de Expertgroep).

<sup>11</sup> H.J. de Kluijver, De flexibele kapitaalvennootschap, in: *Flexibele rechtsvormen* (Serie VHI deel 98), Kluwer 2008, p. 15-16 en 21 en J.W. Winter, BV, NV en beursvennootschap, in: *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* (Uitgave vanwege het IVO deel 51), Kluwer 2005, p. 107.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Variërend van technische verbeterpunten (Commissie Vennootschapsrecht, advies d.d. 15 juli 2013) tot meer materiële onderwerpen (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/40h).

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Van Schilfgaarde, De opbouw van het vennootschapsrecht WPNR 2009/6822 en Winter 2005. Zie onlangs nog H. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?, dat binnenkort in *Ondernemingsrecht* zal verschijnen.

<sup>16</sup> Zie ook het eindrapport van Boschma, Lennarts en Schutte-Veenstra inzake hun onderzoek naar alternatieve systemen van kapitaalbescherming van 18 augustus 2005, p. 5-6.

*"De regels voor de nv zijn daarentegen toegeschreven op vennootschappen met een aandelenkapitaal dat is verspreid over een relatief groot aantal aandeelhouders. Deze aandeelhouders staan doorgaans meer op afstand van de besluitvorming en zijn vaak alleen aandeelhouder uit beleggingsoogpunt. Hierbij past een strakker wettelijk kader met minder ruimte voor afwijking. Zijn de aandelen beursgenoteerd, dan is bovendien de effectenwetgeving van toepassing. Flexibilisering van de wettelijke regels zoals bij de bv wordt doorgevoerd, ligt bij de nv daarom niet voor de hand."*<sup>17</sup>

De discussie is of na het BV-recht nu ook het NV-recht aan een fundamentele herziening moet worden onderworpen, dan wel dat vooralsnog slechts enkele wijzigingen van meer technische aard moeten worden doorgevoerd. Voor dat laatste pleit onder meer de Commissie Vennootschapsrecht en ook de Minister lijkt dit voor te staan.<sup>18</sup> Een aanpassing die volgens de Minister bijvoorbeeld voor opname in het NV-recht in aanmerking komt, is de verduidelijking van de regeling voor toekenning van vergaderrecht aan certificaathouders en de regeling voor levering van een certificaat van een aandeel op naam. Een van de redenen voor deze beperkte herziening van het NV-recht is dat men eerst wil zien hoe de praktijk omgaat met de nieuwe BV-regels. Blijkbaar heeft de Minister daarin niet voldoende vertrouwen om nu ook een aanvang te maken met evaluatie en herziening van het NV-recht. Wij betreuren dat. Niet alleen is het NV-recht daar evenzeer aan toe en kan met een dergelijke ingrijpende operatie beter nu een begin worden gemaakt waarbij ervaringen met de Flex-BV gaandeweg vanzelf kunnen worden geïntegreerd.<sup>19</sup> Het is eveneens te betreuren omdat de praktijk nu worstelt met de vraag in hoeverre de nieuwe BV-regels doorwerken in het NV-recht.

### 3. Analoge toepassing

#### 3.1 Omschrijving en afbakening

Reflexwerking is strikt genomen ruimer dan alleen analoge toepassing. Onder reflexwerking kan immers in ruime zin worden begrepen de doorwerking van het nieuwe BV-recht in de eventuele herziening van het NV-recht. Analoge toepassing daarentegen betreft enkel de toepassing van het BV-recht door de rechter. In het onderstaande gebruiken wij beide termen gemakshalve door elkaar. Onder analoge toepassing verstaan wij de techniek van rechtsvinding waarbij een strikt genomen niet toepasselijke regel wordt toegepast op een vergelijkbaar geval als waarvoor hij wel geldt. Daarbij kan een subtiel onderscheid worden gemaakt tussen niet-toepasselijkheid die voortvloeit uit het feit dat in het concrete geval niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van een bepaling (type 1) of dat wel wordt voldaan aan die voorwaarden, maar de desbetreffende rechtsregel is geschreven voor een andere rechtsverhouding (type 2). Een subcategorie daarvan zijn regels die enkel gelden voor een bepaalde rechtsvorm.

Sommige regels uit het nieuwe BV-recht vormen een codificatie van ongeschreven recht, dat ook voor de NV geldt. Een voorbeeld is de uitkeringsaansprakelijkheid van art. 2:216 BW (zie nader par. 4.2).<sup>20</sup> Betoogd kan worden dat indien vast komt te staan dat een ongeschreven norm zowel voor de BV als voor de NV geldt, van analoge toepassing van een wettelijke bepaling die deze norm enkel voor de BV codificeert geen sprake is omdat zij reeds geldt op grond van het ongeschreven recht.<sup>21</sup> Of moet juist wel analoge toepassing van de gecodificeerde norm worden aangenomen uit het oogpunt van de rechtszekerheid? Verderop komen wij op dit thema terug.

#### 3.2 Analoge toepassing in het ondernemingsrecht in het algemeen

<sup>17</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 36, Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 6, p. 3 en Kamerstukken II, 2011/12, 32 426, nr. 24, p. 12.

<sup>18</sup> Zie reeds Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 36. Daartoe strekte ook het recente advies van de Commissie Vennootschapsrecht, zie het advies d.d. 15 juli 2013.

<sup>19</sup> Zie hierover uitgebreid G.T.M.J. Raaijmakers en M.J.G.C. Raaijmakers, De NV in 2020, dat binnenkort verschijnt in het Tijdschrift voor Ondernemingsrecht.

<sup>20</sup> Zie o.m. Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 33-34 en Kamerstukken I, 2011/12, 31 058, E.

<sup>21</sup> Langs dezelfde lijnen is bij toepasselijkheid van een wetsartikel op grond van een schakelbepaling geen sprake van analoge toepassing. In die zin ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/397. Vgl. echter HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 m.nt. Ma (Nieuwe Steen Investments) inzake de toepasselijkheid van art. 3:52 BW op een vordering tot vernietiging van een rechtshandeling waarbij de vennootschap als gevolg van een tegenstrijdig belang onbevoegd werd vertegenwoordigd (art. 2:256 BW-oud).

Analoge toepassing van rechtsregels is in het ondernemingsrecht een betrekkelijke zeldzaamheid. In de meeste gevallen gaat het om analoge toepassing van een niet op de casus betrekking hebbende norm (sub I) en niet om de analoge toepassing van een voor een andere rechtsvorm geschreven norm (sub II).

### I. Analoge toepassing type 1

De Hoge Raad is hiertoe niet snel geneigd. Een bekend voorbeeld is de ABN AMRO-beschikking waarin zij oordeelde dat art. 2:107a BW in het concrete geval niet van toepassing was en ook niet analoog kon worden toegepast.<sup>22</sup> Een recent voorbeeld waarin geen analoge toepassing werd aangenomen is HR 26 april 2013<sup>23</sup> (geen analoge toepassing art. 3:264 BW op verpande lidmaatschapsrechten van een flatcoöperatie). Soms is inzet van het geding analoge toepassing, zonder dat dat met zoveel woorden aan de orde komt. Een voorbeeld daarvan is HR 7 september 2012<sup>24</sup>, waarin de Hoge Raad oordeelde dat art. 2:299 BW geen grondslag biedt voor aanvulling van een weliswaar compleet, doch in strijd met de statuten samengesteld bestuur.

Een wat vreemde eend in deze bijt is de analoge toepassing van de geschillenregeling van titel 2.8 BW in kort geding waarbij de voorzieningenrechter in de huid van de in dat kader exclusief bevoegde Ondernemingskamer kruipt. Niet alleen omdat hier een hele procedure analoog wordt toegepast door een andere rechter dan degene die daartoe is aangewezen, maar bovendien omdat hierover in de lagere rechtspraak en de literatuur verschillend wordt gedacht.<sup>25</sup>

### II. Analoge toepassing type 2

Ten aanzien van wat wij aanduiden als "analoge toepassing type 2", toepassing van een norm voor de ene rechtsvorm op de andere, biedt de rechtspraak weinig houvast. De Hoge Raad heeft dit voorzover bekend slechts een keer toegestaan. In het Diva/Meijs-arrest oordeelde zij de bekrachtigingsregeling van art. 2:93/203 lid 1 BW van analoge toepassing op andere rechtspersonen.<sup>26</sup> In de lagere rechtspraak zijn vooral voorbeelden te vinden van afwijzingen van dit type analoge toepassing. In Hof Leeuwarden 9 september 2008<sup>27</sup> werd analoge toepassing van de tegenstrijdig belangregels van art. 2:47 BW en art. 2:146/256 BW op een stichting afgewezen.<sup>28</sup> Een ander voorbeeld is de afwijzing van analoge toepassing van het goedkeuringsrecht van art. 2:107a BW op de BV.<sup>29</sup> Dat de OK zich daar - impliciet - gemakkelijker van lijkt te bedienen, is in zoverre minder van belang omdat zij in haar enquête-rechtspraak - uiteraard behalve titel 2.8 - niet gebonden is aan boek 2 BW.<sup>30</sup>

## 3.3 Gezichtspunten bij analoge toepassing

### I. Inleiding

<sup>22</sup> HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. Ma en JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme, r.o. 4.8. De OK bediende zich overigens niet expliciet van analoge toepassing, maar baseerde de toepasselijkheid van art. 2:107a BW in casu op de aan deze bepaling ten grondslag liggende gedachte, zie OK 3 mei 2007, JOR 2007/143 m.nt. Nieuwe Weme, r.o. 3.14.

<sup>23</sup> RvdW 2013, 629.

<sup>24</sup> NJ 2012, 499 en JOR 2012/351 m.nt. Schmieman (Stichting P1 Holding).

<sup>25</sup> Zie nader hierover C.D.J Bulten, De geschillenregeling ten gronde (Serie vanwege het VHI deel 108), Kluwer 2011, p. 336 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/724.

<sup>26</sup> HR 24 januari 1997, NJ 1997, 399 m.nt. Maeijer. In zijn conclusie voor dit arrest wijst AG Hartkamp op een precedent waarin dit impliciet zou zijn aangenomen (HR 8 januari 1982, NJ 1982, 333 m.nt. WMK). In Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, JOR 2013/1 m.nt. Van Thiel wordt aangenomen dat ook art. 2:93/203 lid 3 BW analoog moet worden toegepast.

<sup>27</sup> JOR 2008/329 m.nt. Quist (Stichting Schaapstil II).

<sup>28</sup> In de begin dit jaar ter consultatie voorgelegde "Wet bestuur en toezicht rechtspersonen" is - onder meer - voorgesteld om in art. 2:9 BW een voor alle rechtspersonen gelijk geldende tegenstrijdig belang-regeling op te nemen.

<sup>29</sup> Rb. Leeuwarden 8 oktober 2008, Ondernemingsrecht 2008, 171 met commentaar A.G.H. Klaassen.

<sup>30</sup> Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/325.

De praktijk worstelt met de mogelijke analoge toepassing van bepalingen van BV-recht op de NV. Uit het beknopte overzicht van par. 3.2 kunnen geen voorwaarden voor analoge toepassing worden afgeleid. Wel dat er in de rechtspraak terughoudendheid bestaat. Hierna gaan wij in op de vraag onder welke voorwaarden analoge toepassing gerechtvaardigd is. In par. 4 worden de uitkomsten toegepast op een drietal bepalingen die als gevolg van de flexibilisering van het BV-recht voor BV's en NV's verschillend zijn gaan luiden.

In een voorkomend geval zal de vraag naar de analoge toepassing overigens door partijen aan de orde gesteld moeten worden, wil de rechter bevoegd zijn zich daarover uit te spreken. Ambtshalve analoge toepassing zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten achten wij onverenigbaar met art. 25 Rv.

## *II. Rechtvaardiging en reikwijdte*

Omdat het gaat om een afwijking van het geschreven recht moet er voor analoge toepassing een rechtvaardiging gevonden worden. De rechter die ervoor kiest een BV-bepaling analoog toe te passen, dient zijn keuze deugdelijk te motiveren. Afhankelijk van de rechtvaardiging zal aan analoge toepassing een ruime of juist beperkte reikwijdte toegekend worden. In het onderstaande bespreken wij kort de mogelijke rechtvaardiging voor analoge toepassing en de gevolgen daarvan voor haar reikwijdte.

### *Consistentie van wetgeving*

Een eerste mogelijke rechtvaardiging voor analoge toepassing is de consistentie van wetgeving voor BV's en NV's. Achterliggende gedachte is dat voor beide typen kapitaalvennootschap zoveel mogelijk dezelfde regels gelden. Daarvan uitgaande zal men eerder geneigd zijn analoge toepassing als regel aan te nemen, tenzij er redenen zijn die zich daartegen verzetten.<sup>31</sup> Ons inziens kan wetgevingsconsistentie op zichzelf echter nog geen analoge toepassing rechtvaardigen. Omdat met de Flex-BV een nadere profilering van de BV is beoogd (zie par. 3), is niet langer vanzelfsprekend dat dezelfde regels moeten gelden voor BV en NV. Zelfs als hier anders over gedacht zou worden, is het bewaken van de consistentie niet primair een taak voor de rechter, maar voor de wetgever.<sup>32</sup> Ten slotte verzet de rechtszekerheid zich ook tegen een dusdanig ruime analoge toepassing (vgl. hierna sub IV). Dit wordt bevestigd door de hiervoor genoemde rechtspraak (zie par. 3).

### *Aard en strekking van de analoog toe te passen norm*

Wij zouden de rechtvaardiging voor analoge toepassing van regels uit de Flex-BV eerder willen zoeken in de aard en strekking van de norm in kwestie. Deze benadering voorkomt een te ruime reikwijdte zoals hiervoor bekritiseerd. Als gezegd is het uiteindelijke oordeel over de samenhang tussen NV- en BV-recht aan de wetgever. Totdat deze zich heeft uitgesproken mag de rechter zich enkel in uitzonderlijke situaties bedienen van analoge toepassing.

<sup>31</sup> Zie in die richting bijvoorbeeld J.A.M. ten Berg, De flexibele BV en de bescherming van haar crediteuren, JBN 2008, p. 7-8.

<sup>32</sup> Vgl. het advies van de Commissie Vennootschapsrecht d.d. 15 juli 2013 om op korte termijn consistentie van wetgeving te bewerkstelligen.

In deze benadering is van belang dat aan de Flex-BV verschillende motieven ten grondslag lagen. Centraal stond de vereenvoudiging en flexibilisering van het als te star ervaren bestaande BV-recht, maar daarnaast is ingezet op het oplossen van praktische knelpunten en onduidelijkheden<sup>33</sup>. Wij zien slechts ten aanzien van die laatste categorie - met inachtneming van het onderstaande - ruimte voor analoge toepassing, te meer nu de toekomstige herziening van het NV-recht ook daartoe beperkt lijkt te gaan worden (vgl. par. 2 sub III). Door de Minister zelf genoemde wijzigingen die in dat verband mogelijk voor de NV zullen worden overgenomen zijn de regeling voor toekenning van vergaderrecht aan certificaathouders (art. 2:227 lid 2 BW) en de regeling voor levering van een certificaat van een aandeel op naam (art. 2:196c BW). Daarbij aansluitend zou wat ons betreft ook nog kunnen worden gedacht aan de regeling inzake de vergadergerechtigdheid van certificaathouders in zijn geheel (dus behalve art. 2:227 lid 2 ook lid 4 BW).<sup>34</sup>

### III. Parlementaire geschiedenis

Een ander relevant gezichtspunt is de parlementaire geschiedenis. Over de analoge toepassing van het BV-recht op de NV heeft de Minister zich wel uitgelaten, maar niet op een eenduidige manier. Tegen beïnvloeding van het NV-recht via de rechter ziet hij geen bezwaar, maar tegelijk merkt hij op dat het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur verdient om een aantal knelpunten van technische aard die ook in het NV-recht spelen, door een wetswijziging op te lossen.<sup>35</sup> In de Memorie van Toelichting valt bovendien te lezen dat met de voorgestelde wijzigingen niet wordt beoogd om de wettelijke bepalingen voor de NV te beïnvloeden of omtrent de interpretatie van de NV-regeling een standpunt in te nemen.<sup>36</sup>

Wij lezen in de parlementaire geschiedenis geen "analogieverbod". Daarvoor had de Minister zich ondubbelzinniger moeten uitlaten<sup>37</sup> en had hij bijvoorbeeld - zoals vanuit de praktijk aanbevolen<sup>38</sup> - een vangnetbepaling op moeten nemen dat tenzij uitdrukkelijk anders bepaald, de regeling inzake de Flex-BV uitsluitend de BV betreffen. Het enkele feit dat de wetgever besloten heeft nog geen overeenkomstige regeling voor de NV in te voeren (zie eerder par. 2), staat ons inziens ook niet aan analoge toepassing in de weg.

### IV. Rechtszekerheid

Het derde belangrijke gezichtspunt bij analoge toepassing is de rechtszekerheid. Uitgangspunt moet zijn dat de praktijk kan varen op het geschreven recht. In de ABN AMRO-beschikking is het belang daarvan nog maar eens bevestigd.<sup>39</sup> Analoge toepassing kan gelet daarop slechts bij wijze van uitzondering aan de orde zijn. Als bijvoorbeeld de desbetreffende NV-bepaling uitdrukkelijk anders bepaalt, moet analoge toepassing van het BV-recht worden afgewezen; analoge toepassing *contra legem* is niet mogelijk. Wij zouden willen aannemen dat het voorgaande in versterkte mate geldt indien rechten en verplichtingen van derden in het spel zijn.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1.

<sup>34</sup> De Commissie Vennootschapsrecht adviseert dit overeenkomstig voor de NV door te voeren, zie voornoemd advies, p. 4.

<sup>35</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 6, p. 3.

<sup>36</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 7.

<sup>37</sup> Zoals bijvoorbeeld naar aanleiding van het niet-opnemen van een regeling inzake de wettelijke rente bij de geschillenregeling (Kamerstukken II, 1986/87, 18 905, nr. 6, p. 4). AG Timmerman wijst gelet op deze passage analoge toepassing van de rente-regeling van de uitkoopprocedure van art. 2:92a/201a BW af, zie nr. 5.10 onder HR 27 januari 2012, NJ 2012, 378 m.nt. Van Schilfgaarde (Gebr. Hoymans). Een ander voorbeeld is het schrappen van art. 2:217a BW, waarin een wettelijk goedkeuringsrecht voor aandeelhouders in een BV was opgenomen.

<sup>38</sup> Consultatiereactie Loyens & Loeff d.d. 6 april 2005.

<sup>39</sup> HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.n. Nieuwe Weme, r.o. 4.4.

<sup>40</sup> Vgl. de herroeping van besluiten, hetgeen zonder rechterlijke tussenkomst kan al naargelang de aard van het besluit. Een "gewoon" besluit kan zonder meer herroepen worden (HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 m.nt. Ma (Janssen Pers)), ontbindingsbesluiten niet, omdat daarbij derden betrokken zijn (Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2013, JOR 2014/31 m.nt. Scholten, Hof Den Haag 23 augustus 2011, JOR 2011/327 m.nt. Van der Hoek en Hof Den Haag 30 januari 2007, JOR 2007/66 m.nt. Sinnighe Damsté).

Indien het NV-recht het desbetreffende onderwerp in het geheel niet regelt, is analogie weliswaar mogelijk, maar past nog altijd grote terughoudendheid. Wel kan in een dergelijk geval analoge toepassing uit de aard der zaak onmogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat het gaat om een onderdeel van een regeling die niet voor de NV geldt. Een voorbeeld daarvan is de “vervaltermijn” inzake sancties op niet-nakoming van extra-verplichtingen (art. 2:192 lid 4 BW); nu het NV-recht geen regeling kent inzake sancties, moet analoge toepassing onmogelijk worden geacht.<sup>41</sup> Dat wordt anders indien de gehele sanctieregeling analoog zou worden toegepast.

Een lastig punt is hoe om te gaan met BV-bepalingen die een codificatie vormen van ongeschreven recht. Aangenomen dat een regel van ongeschreven recht ook voor de NV geldt, rijst de vraag of de rechtszekerheid noopt tot analoge toepassing van het gecodificeerde recht of dat de rechter vrij is om zijn interpretatie aan het ongeschreven recht te geven. Wij menen dat vanuit rechtszekerheidsperspectief “*cherry picking*” als regel moet worden voorkomen.<sup>42</sup> Uitgangspunt bij analoge toepassing moet zijn alles of niks, tenzij de aard van de desbetreffende bepaling zich daartegen verzet.

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is verder van belang wat voor rechtsregel het is die analoog zou moeten worden toegepast. Wanneer het gaat om ongeschreven recht dat geldt voor zowel de BV als voor de NV, en dat nu voor de BV is gecodificeerd, ligt het voor de hand dat de rechter bij de toepassing van de desbetreffende bepaling voor de NV inspiratie ontleent aan de inmiddels voor de BV gecodificeerde regel. Gaat het over bevoegdheden van organen, dan kan van een dergelijke situatie naar onze mening alleen sprake zijn, wanneer het gaat om de inkleuring van bestaande bevoegdheden. Dit speelde ook in de HBG-zaak waar de Ondernemingskamer een verplichting had aangenomen tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders in het geval dat het bestuur van een vennootschap geen medewerking wil verlenen aan een in de openbaarheid gebracht onderhands bod op een wezenlijk deel van de activiteiten van de vennootschap. Hiervan wilde de Hoge Raad echter niet weten. Die overwoog:

*“De door de Ondernemingskamer aangenomen verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders gaat weliswaar minder ver [dan een vereiste van voorafgaande aandeelhoudersgoedkeuring; JB/GR], maar ook aan een verplichting tot voorafgaande consultatie zijn zodanige bezwaren verbonden, dat die niet kan worden aanvaard zonder een wettelijke of statutaire regeling, met name omtrent de omstandigheden waaronder de verplichting ontstaat en het tijdstip waarop een consultatie zou moeten plaatsvinden, alsmede omtrent de consequenties die aan de niet-naleving van die verplichting zouden moeten worden verbonden. Bij gebreke van een dergelijke nadere regeling zou een verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders, naast of in plaats van een eventueel vereiste van voorafgaande instemming of goedkeuring achteraf, tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid leiden.”*<sup>43</sup>

Weliswaar betreft het in deze uitspraak een beursvennootschap waar rechtszekerheid door de beursnotering nog een extra dimensie krijgt, maar wij zouden willen aannemen dat in het vennootschapsrecht als zodanig als uitgangspunt heeft te gelden. Dit wordt nog versterkt door de overwegingen van de Hoge Raad in het ABN AMRO-arrest:

*“In het bijzonder de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich ertegen dat bij het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling de algemene vergadering van aandeelhouders zodanig verstrekkende bevoegdheden zouden toekomen enkel op grond van regels van ongeschreven recht, die afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval toepassing zouden moeten vinden.”*<sup>44</sup>

<sup>41</sup> *Idem* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/302.

<sup>42</sup> *Idem* inzake 2:107a Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/325.

<sup>43</sup> HR 21 februari 2003, JOR 2003/57 m.nt. Nieuwe Weme (HBG).

<sup>44</sup> HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. Ma en JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme, r.o. 4.4.

Wij zien dan ook slechts ruimte voor het aannemen van nieuwe bevoegdheden op basis van een dergelijke analoge toepassing van rechtsregels in zeer uitzonderlijke gevallen. Tegen het creëren van bevoegdheden zonder wettelijke basis verzet de rechtszekerheid zich.<sup>45</sup> Zoals hiervoor aangegeven, moet de praktijk als uitgangspunt kunnen varen op het geschreven ondernemingsrecht. Dat geldt naar onze mening a priori wanneer het rechtsregels over bevoegdheden betreft.

Op basis van deze benadering hebben wij bijvoorbeeld moeite met analoge toepassing van artikel 2:107a BW voor de BV.<sup>46</sup> Weliswaar gaat het om dermate ingrijpende besluiten dat ook bij de BV voor de hand ligt dat het bestuur die niet kan nemen zonder betrokkenheid van de aandeelhouders. Het is echter in onze ogen niet aan de rechter om een dergelijke norm aan het bestuur van een BV op te leggen. Dit is een taak voor de wetgever. Iets anders is of het in dergelijke situaties voor het bestuur van een BV verstandig is om een "107a-besluit" te nemen in alle stilte om vervolgens de aandeelhouders met een fait accompli te confronteren, zeker wanneer het om besluiten gaat met mogelijk vergaande financiële gevolgen voor hen. Het bestuur kan overwegen om vrijwillig de aandeelhouders hierbij te betrekken, bijvoorbeeld door hen in ieder geval van het voornemen op de hoogte te stellen en aandeelhouders in de gelegenheid te stellen hun opinie te geven en mogelijk zelf maatregelen te nemen om het besluit te voorkomen. Het zal ook afhangen van de situatie, de verhoudingen binnen de BV en de aard van de voorgenomen beslissing, of een dergelijke benadering voor het bestuur raadzaam is. Het categorisch aannemen van een bevoegdheid van de AvA om ook bij de BV goedkeuring te verlenen voor het nemen van dergelijke besluiten, gaat ons echter in het licht van het voorgaande te ver.

#### *V. Typologische verwantschap BV en NV*

Van belang is ook de mate van vergelijkbaarheid van de BV en de NV; analoge toepassing van het tweede type (zie par. 3.2) veronderstelt immers een zekere typologische verwantschap.<sup>47</sup> Een vraag is of analoge toepassing niet reeds moet worden afgewezen vanwege een gebrek daaraan als gevolg van de inwerkingtreding van de Flex-BV. Wij menen echter dat in beginsel sprake is van voldoende verwantschap zolang de BV en de NV manifestaties van het type kapitaalvennootschap zijn met rechtspersoonlijkheid en een wettelijk voorgeschreven dualistische organisatiestructuur. Daarin worden wij bevestigd door art. 2:310 lid 3 BW dat NV's en BV's voor de toepassing van de fusieregeling dezelfde rechtsvorm hebben. Dat er door de inrichtingsvrijheid bij de Flex-BV grote verschillen kunnen bestaan tussen verschillende soorten NV's en BV's doet geen afbreuk aan hun typologische verwantschap. Bovendien kunnen die verschillen evengoed bestaan tussen BV's onderling.

Deze basale vergelijkbaarheid van BV en NV laat onverlet dat in de praktijk grote verschillen in hoedanigheid kunnen optreden, die in de weg staan aan analoge toepassing. Dat zal zich onder meer voordoen bij beursvennootschappen. Hieronder zullen daarvan nog enkele voorbeelden aan de orde komen.

#### *VI. Europees recht*

---

<sup>45</sup> Vgl. het door Timmerman gemaakte onderscheid tussen wat hij noemt structuurnormen, die zien op de (rechts)positie van de vennootschappelijk betrokkenen en gedragsnormen, zie L. Timmerman, *Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad*, WPNR 2013(6969), p. 245-248. Terecht merkt hij op dat bij vragen over de structuur van de vennootschap de rechtszekerheid voorop staat en slechts in uitzonderlijke gevallen de redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen.

<sup>46</sup> Anders o.m. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/325. Zie ook de daar aangehaalde andere literatuur en OK- en lagere rechtspraak waar uitgegaan wordt van analoge toepassing van art. 2:107a BW.

<sup>47</sup> Vgl. de eerder genoemde uitspraak van het Hof Leeuwarden van 9 september 2008 waarin gelet op onder meer het verschil tussen een stichting en de andere rechtspersonen van boek 2 BW werd geoordeeld dat analoge toepassing van de voor de andere boek 2-rechtspersonen geldende tegenstrijdig belang-regels bij de stichting niet mogelijk is.



Voor analoge toepassing bestaat in beginsel<sup>48</sup> geen ruimte indien de desbetreffende NV-norm een Europeesrechtelijke achtergrond heeft. Tenminste, aangenomen dat het analoog toe te passen BV-recht een versoepeling in zou houden ten opzichte van de NV-bepaling. Soms is dat evident. Zo kunnen de nieuwe uitkeringsregels voor de BV gelet op de Tweede EG-richtlijn geen afbreuk doen aan de verplichte balanstest bij de NV (zie ook par. 4).<sup>49</sup> Echter, niet altijd is duidelijk of er sprake is van een versoepeling. Een goed voorbeeld is de verzetprocedure bij kapitaalvermindering. Voor de BV is die afgeschaft, gelet op nieuw in de wet opgenomen bescherming van schuldeisers. Tegen analoge toepassing voor de NV - neerkomend op niet-toepassing - lijkt de gewijzigde Tweede Richtlijn zich te verzetten (art. 32). Anderzijds wordt daar de mogelijkheid tot afwijking geboden, mits "adequate waarborgen" voor schuldeisers worden gesteld. Onduidelijk is of het gemene aansprakelijkheidskader van art. 6:162 BW, dat sinds de Flex-BV de enige toetssteen vormt bij kapitaalvermindering bij de BV, in alle gevallen als zodanig valt aan te merken.

#### **4. Analoge toepassing van drie belangrijke bepalingen uit de nieuwe BV-regels op de NV**

In het onderstaande worden de bevindingen uit par. 3 getoetst aan de hand van een drietal belangrijke bepalingen uit het geflexibiliseerde BV-recht.

##### *4.1 Uitkeringstest (art. 2:216 BW)*

De uitkeringsregels voor de BV en de NV zijn uiteen gaan lopen als gevolg van het nieuwe art. 2:216 BW. De daarin voor de BV opgenomen uitkeringstest bestaat uit een beperkte balanstest (art. 2:216 lid 1 BW)<sup>50</sup> aangevuld met interne bestuurdersaansprakelijkheid indien de vennootschap als gevolg van een door de bestuurders goedgekeurde uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (art. 2:216 lid 3 BW). Voor de NV dient onverkort de uitgebreidere balanstest van art. 2:105 lid 2 BW te worden uitgevoerd. NV-bestuurders kunnen wegens uitkeringen aansprakelijk zijn ex art. 6:162 BW jegens schuldeisers<sup>51</sup> en ex art. 2:9 en 2:138 BW jegens de vennootschap c.q. de boedel<sup>52</sup>.

##### *I. Balanstest*

De beperkte balanstest van art. 2:216 lid 1 BW kan niet analoog worden toegepast bij de NV. Dat zou in strijd zijn met de Tweede Richtlijn, die op dit punt geen afwijking toe staat (vgl. eerder par. 3.VI).

##### *II. Bestuurdersaansprakelijkheid*

De vraag naar de analoge toepassing van regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid wordt enigszins vertroebeld doordat analoge toepassing veronderstelt dat de BV-regels verschillen van de NV-regels. Op het punt van de bestuurdersaansprakelijkheid is dat onduidelijk, voornamelijk omdat er discussie is in hoeverre het nieuwe BV-recht op dit punt een codificatie vormt van ongeschreven recht.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Wij gaan hier voorbij aan de vrijheid die de desbetreffende Europese regeling biedt. Bij richtlijnen is dat onder meer afhankelijk van de keuze tussen minimum- en maximumharmonisatie.

<sup>49</sup> I.C.P. Groenland, Uitkeren aan aandeelhouders, (hoe) kunnen we dat doen? *Onderneming & Financiering* 2012, p. 35. Aldus waarschijnlijk ook Van Schilfgaarde 2009, p. 965, die opmerkt dat niet aan de uitkeringsregels voor de NV kan worden getornd.

<sup>50</sup> Zie hierover in kritische zin M.L. Lennarts, De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders van een BV nader beschouwd, WPNR 2007/6731.

<sup>51</sup> Zie o.m. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 inzake Nimox NV(!).

<sup>52</sup> HR 8 juni 2001, NJ 2001/454; JOR 2001, 171 (Panmo).

<sup>53</sup> Zie W.J.M van Veen, Controverses rondom bestuurdersaansprakelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2013/80.

Reflexwerking van het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW zou tot een verhoogd aansprakelijkheidsrisico voor NV-bestuurders kunnen leiden. De Minister merkte naar aanleiding van art. 2:216 lid 3 BW weliswaar op dat er geen wijziging ten opzichte van de voordien geldende situatie is<sup>54</sup> (lees: de situatie zoals die thans nog voor de NV geldt), maar desalniettemin is voorstelbaar is dat een bestuurder die niet kan aantonen dat de uitkeringstoets deugdelijk is uitgevoerd, gemakkelijker aangesproken kan worden uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling c.q. veronachtzaming van de belangen van de crediteuren.<sup>55</sup>

### *Maatstaf aansprakelijkheid*

Als gezegd geldt ook voor bestuurders van NV's dat zij aansprakelijk kunnen zijn wegens ongeoorloofde uitkeringen (sub I). Wij zouden echter menen dat op grond van het voorgaande geen expliciete goedkeuringsbevoegdheid voor het bestuur van de NV op basis van analoge toepassing kan worden aangenomen en evenmin een verplichting om bij het doen van uitkeringen steeds een uitkeringstest te doen naar voorbeeld van de BV. Zoals wij hiervoor al aangaven, moet met het aannemen van dergelijke bevoegdheden terughoudend worden omgegaan. Hier past de kanttekening bij dat het hier niet alleen een bevoegdheid van het bestuur betreft, maar ook verplichting. Deze hangt echter zozeer samen met de wijziging van het systeem van crediteurenbescherming dat bij de BV in zijn geheel is aangepast, dat het element van de uitkeringstest zich niet leent voor geïsoleerde analoge toepassing. Wij achten reflexwerking dan ook onwenselijk. NV-bestuurders dienen nog steeds een uitgebreidere balanstest dienen uit te voeren; het schrappen van die test voor de BV was juist de reden voor verzwarende van de aansprakelijkheid van het bestuur.<sup>56</sup> Dit betekent naar onze mening dat ook het aansprakelijkheidsregime voor uitkeringen bij de BV niet zonder meer voor uitkeringen bij de NV mag worden toegepast.<sup>57</sup> Overigens is het de vraag of ten aanzien van de uitkeringstest zoals die nu voor de BV is gaan gelden wel op alle vlakken sprake is van codificatie van een norm zoals die reeds voorheen voor zowel de BV als de NV gold.

Dit neemt niet weg dat zelfs in gevallen waarin een dergelijke bevoegdheid niet in de statuten is opgenomen, ook het bestuur van een NV kan weigeren mee te werken aan het doen van een uitkering. Behoorlijk bestuur zal ook bij de NV onder omstandigheden met zich brengen dat zij van mogelijkheid gebruik maken, bijvoorbeeld als er in een voorkomend geval ernstige twijfel is over de financiële weerbaarheid van een onderneming nadat een uitwerking zou zijn gedaan. Als in een dergelijk geval het bestuur nader onderzoek achterwege laat en medewerking verleent aan een onbezonnen uitkering, zal ook zij aansprakelijk kunnen worden gehouden.<sup>58</sup>

### *Omvang aansprakelijkheid*

De bestuurdersaansprakelijkheid bij de BV is - anders dan bij de NV, waar een vergelijkbare wettelijke regeling ontbreekt - beperkt tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan (art. 2:216 lid 3 BW). Reflexwerking van deze bepaling zou kunnen inhouden dat bij de NV het schadebedrag dienovereenkomstig door de rechter gematigd wordt via art. 6:109 BW.

Als tot aansprakelijkstelling van NV-bestuurders voor het meewerken aan een onbezonnen uitkering wordt overgegaan, ligt toepassing van een dergelijke beperking naar onze mening voor de hand. De ratio achter de beperking van aansprakelijkheid voor het tekort - voorkomen van onnodig zware aansprakelijkheid in die gevallen waarin het bedrag van de uitkeringen het daardoor ontstane tekort overstijgt<sup>59</sup> - gaat immers evengoed op bij de NV.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 28.

<sup>55</sup> Vgl. Van Veen 2013. Zie met verwijzingen ook Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, Van de BV en de NV, Kluwer 2013, p. 96. Voor de goede orde merken wij verder op dat van analoge toepassing moet worden onderscheiden de zogenaamde normatieve samenloop, waarbij het gaat om de vraag of hetzelfde feitencomeplex door meerdere normen tegelijk beheerst wordt. Denk daarbij aan de vraag of een onbezonnen winstuitkering ook tot aansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 1 BW leidt. Zie daarover uitgebreid S.M. Bartman, Het sneeuwbal-effect van een winstuitkering in de Flex-BV, in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013 (Serie VHI deel 115), Kluwer 2013, p. 149-162.

<sup>56</sup> Vgl. Y. Borrius, Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V., *Ondernemingsrecht* 2013/79.

<sup>57</sup> Vgl. Van Schilfgaarde 2009, p. 965, die dit anders lijkt te zien.

<sup>58</sup> Vgl. ook M.L. Lennarts, Het nieuwe art. 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico, *TvOB* 2012, p. 187 en *Groenland* 2012, p. 35.

<sup>59</sup> Kamerstukken II, 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 26.

#### 4.2 Extra-verplichtingen (art. 2:192 BW)

Ook hier rijzen weer op verschillende niveaus de vraag naar de reflexwerking.<sup>60</sup> Wij beperken ons opnieuw tot een tweetal aspecten. Eerder kwam al de sanctieregeling van art. 2:192 lid 4 BW aan de orde (par. 3 sub IV).

##### *Besluitvorming*

Inzake de statutaire introductie van extraverplichtingen bestaan in de literatuur drie opvattingen: i) introductie vereist unanimitéit, ii) een gewone meerderheid volstaat; tegenstemmers zijn niet gebonden en iii) een gewone meerderheid volstaat; alleen “betrokken tegenstemmers” zijn niet gebonden.<sup>61</sup> Met de inwerkingtreding van de Flex-BV lijkt het pleit te zijn beslecht ten gunste van de tweede opvatting.<sup>62</sup>

Reflexwerking voor de NV moet op dit punt naar onze mening worden afgewezen.<sup>63</sup> De toelichting, waaruit de tweede opvatting blijkt, is in de eerste plaats niet klip en klaar op dit punt.<sup>64</sup> Bij beursvennootschappen kan de tweede opvatting bovendien tot praktische problemen leiden.<sup>65</sup> Gelet daarop, alsmede vanwege het feit dat wij geen voorstander zijn van partiële analoge toepassing, dat wil zeggen enkel op besloten NV's, achten wij analoge toepassing op de NV ongewenst (zie eerder par. 3).

##### *Aansprakelijkheid naast de vennootschap*

Bij de BV is het sinds 1 oktober 2012 mogelijk om bij wijze van extra-verplichting in de statuten op te nemen dat aandeelhouders naast de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn dat de aandeelhouders in het algemeen, naast de vennootschap, aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap (ex art. 2:192 lid 1 sub a BW). De hieruit voortvloeiende relativering van het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders noopte tot het opnemen van een verwijzing naar art. 2:192 BW in art. 2:175 BW.<sup>66</sup> Reflexwerking voor de NV stuit ons inziens af op het voor de NV onverminderd geldende beginsel van de beperkte aansprakelijkheid zoals neergelegd in art. 2:64 BW.<sup>67</sup>

#### 4.3 Instructierecht (art. 2:239 lid 4 BW)

Het instructierecht bij de BV wijkt in twee opzichten af van dat bij de NV. In de eerste plaats is in art. 2:239 lid 4 BW het onderscheid tussen concrete en algemene instructies losgelaten. Voorts is in art. 2:239 lid 4 BW opgenomen dat het bestuur een instructie niet hoeft op te volgen als die in strijd komt met het vennootschappelijk belang.

##### *I. Concrete instructies*

---

<sup>60</sup> Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/302.

<sup>61</sup> Zie ook G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (Serie VHI deel 83), Kluwer 2005, p. 118 e.v.

<sup>62</sup> *Idem* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/298.

<sup>63</sup> Anders Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA/302.

<sup>64</sup> Vgl. Dortmund 2008, p. 50-51.

<sup>65</sup> *Idem* - zo begrijpen wij - D.F.M.M. Zaman en I.C.P. Groenland, Tussen contract en instituut: waar zweeft de Flex-BV? TvOB 2009-6, p. 170. Dit probleem speelt zowel bij toonderaandelen als bij naamaandelen, zie over het onderscheid Rensen 2005, p. 130-132.

<sup>66</sup> Op advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht ingevoegd bij de eerste Nota van Wijziging, Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 7. Dortmund betoogt overigens dat ondanks deze verwijzing een statutaire regeling zoals hiervoor genoemd geen afbreuk kan doen aan het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid, zie P.J. Dortmund, Ondernemingsrecht 2012, 83.

<sup>67</sup> Onder het voor 1 oktober 2012 geldende recht werd ook aangenomen dat een statutaire hoofdelijkheid niet mogelijk was, zie met verwijzingen Rensen 2005, p. 193-194.

Een vraag die in de praktijk herhaaldelijk opkomt, is of nu ook voor de NV het onderscheid tussen algemene en concrete instructies irrelevant is geworden. Wij menen dat reflexwerking op dit punt moet worden afgewezen.<sup>68</sup> Art. 2:129 lid 4 BW voorziet slechts in de mogelijkheid tot het opnemen van een statutaire bepaling dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de *algemene lijnen* van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. Het is de vraag of het *contra legem* zou zijn om aan te nemen dat de statuten naar analogie van de BV desalniettemin de mogelijkheid zouden bieden tot het geven van concrete aanwijzingen. Hoe dan ook lijkt art. 2:129 lid 4 daar weinig ruimte voor te bieden (zie ook par. 3 sub IV). Daar komt bij dat een concreet instructierecht in strijd komt met de bestuursautonomie van het bestuur bij in het bijzonder open NV's en beursvennootschappen.<sup>69</sup>

Het is overigens de vraag of het onderscheid in de praktijk van heel groot belang is. Zoals de Minister bij de parlementaire behandeling van de Flex-BV ook reeds memoreerde, is in recente rechtspraak het accent meer komen te liggen op een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het bestuur de aanwijzingen had mogen opvolgen en minder op het onderscheid tussen algemene en concrete instructies.<sup>70</sup>

## II. Vennootschappelijk belang

Dat het bestuur van een BV volgens het nieuwe art. 2:239 lid 4 BW een instructie mag weigeren uit te voeren met een beroep op het vennootschappelijk belang, is een codificatie van ongeschreven geldend recht.<sup>71</sup> Daartoe is a priori ook het NV-bestuur daartoe gerechtigd, ook zonder analoge toepassing van art. 2:239 lid 4 BW (zie eerder par. 3.1). De inkleuring van het vennootschappelijk belang lijkt overigens te kunnen verschillen bij NV's en BV's. In de parlementaire geschiedenis is in algemene zin opgemerkt dat bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders het vennootschappelijk belang dichter zal liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap.<sup>72</sup> De praktijk zal moeten uitwijzen in hoeverre dit ook geldt bij het instructierecht.

## 5. Conclusie

In de praktijk bestaat hangende een besluit over de toekomst van het NV-recht onduidelijkheid over de reflexwerking van de Flex-BV. Wij zien voor een dergelijke reflexwerking gelet op de rechtszekerheid slechts ruimte in uitzonderingsgevallen. Dit uitgangspunt sluit aan bij de terughoudendheid inzake analoge toepassing in de ondernemingsrechtelijke rechtspraak. Met de Minister zijn wij bovendien van mening dat het de voorkeur verdient om eventuele knelpunten of onduidelijkheden in het NV-recht primair door middel van wetgeving op te lossen.

<sup>68</sup> Anders: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/413.

<sup>69</sup> *Idem* J.M. de Jongh, Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen, Ondernemingsrecht 2007, 11. Ook Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, Van de BV en de NV, Kluwer 2013, p. 222 maakt hier onderscheid tussen beurs- en niet-beursvennootschappen, als ook Pitlo/Raaijmakers, Ondernemingsrecht, Kluwer 2006, p. 299 e.v. Vgl. onlangs nog H. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?, dat binnenkort in Ondernemingsrecht zal verschijnen.

<sup>70</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90.

<sup>71</sup> *Idem* Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\*/413. Zie ook Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90 en de daar aangehaalde bronnen.

<sup>72</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3. Dat geldt vanzelfsprekend te meer indien er maar een aandeelhouder is, vgl. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. Ma (Bruil), r.o. 3.6.