
ONDERNEMINGSRECHT

‘Verouderde’ statuten: de bestuurder raakt het spoor(boek) bijster 16-214

Het is verstandig om BV-statuten up-to-date te houden. Deze regelen namelijk de interne organisatie van een BV. Bovendien kun je statuten beschouwen als een soort spoorboekje voor het bestuur. Zijn de statuten verouderd, dan bestaat het risico dat het bestuur zich laat leiden door verouderde regelingen en de verkeerde route kiest. Dat kan betekenen dat bepaalde besluiten of overeenkomsten niet geldig blijken of achteraf kunnen worden aangetast. Aan de hand van een voorbeeldcasus bespreek ik hierna wie mag besluiten, wie mag goedkeuren en wie de BV mag vertegenwoordigen.

Voorbeeldcasus

Een enig directeur-aandeelhouder van BV komt te overlijden. Zijn erfgenamen verkrijgen alle aandelen in die BV. De (nieuwe) aandeelhouders, die samen de algemene vergadering (de ‘Algemene Vergadering’) vormen, benoemen vervolgens een zakenpartner van de overleden directeur-aandeelhouder tot nieuwe bestuurder van de BV. Eenmaal aan het roer, meent de (nieuwe) bestuurder dat ernstige liquiditeitsproblemen bij de BV dreigen te ontstaan en dat het daarom zinvol is een aantal deelnemingen van de BV te verkopen. De beoogde koper is de persoonlijke houdstermaatschappij van de (nieuwe) bestuurder. Die BV heeft nog een fikse vordering op de verkopende BV vanwege verrichte managementwerkzaamheden en overige diensten. Partijen willen de koopprijs van de aandelen op hetzelfde bedrag stellen als de openstaande vordering en deze vervolgens met elkaar verrekenen. De erfgenamen stellen dat hier sprake is van een zogeheten ‘tegenstrijdig belang’: als (indirecte) koper heeft de bestuurder namelijk een eigen belang bij de transactie; daardoor is hij als bestuurder van de verkopende BV niet meer in staat het belang van (de onderneming van) de verkopende BV te bewaken op een manier die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.

Statuten verkopende BV

De bestuurder slaat de statuten van de verkopende BV er op na om te bekijken wie tot de voorgenomen transactie mag besluiten, of goedkeuring nodig is en wie de BV bij het aangaan van de transactie mag vertegenwoordigen. Daaruit blijkt hem het volgende:

- *Besluit*: In de statuten staat dat de BV wordt bestuurd door het bestuur. De bestuurder

maakt hieruit op dat hij mag besluiten tot het aangaan van de transactie.

- *Goedkeuring*: De statuten bepalen dat het bestuur goedkeuring behoeft van de raad van commissarissen (‘RvC’) voor bestuursbesluiten tot het vervreemden van deelnemingen, maar er is geen commissaris meer in functie. De bestuurder maakt hieruit op dat hij dan maar de goedkeuring van de Algemene Vergadering moet vragen.
- *Vertegenwoordiging*: In de statuten staat dat de BV wordt vertegenwoordigd door het bestuur, tenzij sprake is van tegenstrijdig belang. In dat laatste geval is volgens de statuten de RvC bevoegd. Verder bepalen de statuten dat de Algemene Vergadering steeds een persoon mag aanwijzen die bij tegenstrijdig belang mag vertegenwoordigen. De bestuurder maakt hieruit op dat hij zich wat betreft de vertegenwoordiging eerst tot de Algemene Vergadering moet wenden.

Samengevat komt de bestuurder tot de conclusie dat hij weliswaar mag besluiten de transactie aan te gaan, maar dat hij (nu een RvC ontbreekt) de Algemene Vergadering beter om goedkeuring kan vragen en daarnaast om aanwijzing van een persoon die de BV mag vertegenwoordigen (lees: de verkoopovereenkomst en leveringsakte namens de BV mag aangaan en ondertekenen).

Gewijzigde BV-recht

Op 1 januari 2013 is de Wet bestuur en toezicht (de ‘Wet’) in werking getreden. Daarmee is onder meer een nieuwe tegenstrijdigbelangregeling geïntroduceerd.

Volgens de oude wettelijke regeling werd een BV, bij tegenstrijdig belang met een bestuurder, vertegenwoordigd door commissarissen, tenzij de statuten anders bepaalden; de Algemene Vergadering was altijd bevoegd één of meer andere personen als bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen. Die aanwijzingsbevoegdheid had de Algemene Vergadering steeds, ook als in de statuten stond dat de bestuurder, ondanks een tegenstrijdig belang, toch bevoegd bleef de BV te vertegenwoordigen. Om te zorgen dat daadwerkelijk van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik kon worden gemaakt, moest het bestuur de Algemene Vergadering steeds tijdig informeren over tegenstrijdig belang situaties.

Sinds de invoering van de Wet geldt een andere tegenstrijdigbelangregeling. Deze houdt in dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over die kwestie. Zijn alle bestuurders ‘besmet’, dan verschuift de bestuursbevoegdheid naar de RvC. Heeft de BV geen RvC, zoals in de voor-

beeldcasus, dan beslist de Algemene Vergadering. Dit is alleen anders als (i) alle bestuurders en alle commissarissen een tegenstrijdig belang hebben én (ii) de statuten de bestuursbevoegdheid weer bij de besmette bestuurder(s) neerleggen. Sinds de nieuwe wettelijke regeling tast een tegenstrijdig belang de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder niet aan. Dus ook bij tegenstrijdig belang mag het bestuur, volgens de Wet, de BV gewoon vertegenwoordigen en een overeenkomst namens de BV ondertekenen.

Stel dat de Algemene Vergadering in was gegaan op het verzoek van de bestuurder om (op basis van de statuten) een derde als tegenstrijdig belang vertegenwoordiger te benoemen, dan zou die derde niet vertegenwoordigingsbevoegd zijn geworden, omdat de Algemene Vergadering die bevoegdheid op basis van de Wet niet meer heeft. De verkoopovereenkomst zou dan dus niet rechtsgeldig door de verkopende BV zijn aangegaan en zou als gevolg daarvan kunnen worden aangetast.

Recente rechtspraak

In een kwestie waar het gerechtshof 's-Hertogenbosch (het 'Hof') zich onlangs over boog¹, kwam een vergelijkbare zaak aan de orde. Het ging daar om het goedkeuringsrecht van de RvC. Volgens het Hof bestaat geen bepaling of ongeschreven regel dat, als een RvC een statutair goedkeuringsrecht heeft maar dit orgaan ontbreekt, de Algemene Vergadering in plaats van die RvC goedkeuring zou moeten verlenen. *“Een dergelijke ongeschreven regel zou de slagvaardigheid van een bestuur te zeer beknotten en te onzeker maken welke bevoegdheden het bestuur al dan niet zonder meer heeft. Indien een rechtspersoon haar bestuur wat dit betreft aan banden wenst te leggen, dient zij dit te doen aan de hand van duidelijk in de statuten omschreven bepalingen.”*, aldus het Hof.

Overigens geldt, sinds de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (1 oktober 2012), dat de statuten voorschriften moeten bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden van RvC voorlopig moet worden voorzien bij 'ontstentenis of belet' van een of meer commissarissen. Echter, deze voorschriften hoeven 'pas' bij de eerstvolgende statutenwijziging van de BV te worden opgenomen.

Wie besluit, keurt goed en vertegenwoordigt?

Op basis van het huidige BV-recht en bedoelde uitspraak van het Hof geldt samengevat het volgende in de voorbeeldcasus, waarbij een RvC ontbreekt, de statuten na 1 oktober 2012 niet meer zijn gewijzigd en de statuten geen voorschriften bevatten over ontstentenis en belet van commissarissen:

- *Besluit:* Aangenomen dat er daadwerkelijk een tegenstrijdig belang is, zal de Algemene Verga-

dering hét enige bevoegde orgaan zijn dat kan besluiten tot het aangaan van de transactie.

- *Goedkeuring:* Het besluit tot het aangaan van de transactie, dat volgens de statuten van de verkopende BV goedkeuring behoeft van de RvC, hoeft – bij het ontbreken van de RvC – niet ter goedkeuring te worden voorgelegd aan de Algemene Vergadering.
- *Vertegenwoordiging:* Aangenomen dat rechtsgeldig wordt besloten tot het aangaan van de transactie, is de 'besmette' bestuurder bevoegd de verkopende BV te vertegenwoordigen (ook al zeggen de verouderde statuten dus anders).

Conclusie

De spelregels voor de interne organisatie van de BV waren de afgelopen jaren flink in beweging. Hoewel het niet verplicht is de statuten hiermee in lijn te brengen, kan het raadzaam zijn dat wel te doen. Dat geldt temeer als een bestuurder de BV-statuten beschouwt als intern spoorboekje en niet op het verkeerde spoor wil worden gezet door een verouderde statutaire regeling.

Mw. mr. D.C. Dix, DVAN Advocatuur & Notariaat

Noot:

1. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2015, JIN 2016/11 m.nt. N.R.M. Huijben

OVERHEID

Eerste Kamer stemt in met flexibel cameratoezicht in gemeenten 16-215

De Eerste Kamer heeft onlangs ingestemd met een wetsvoorstel van minister Van der Steur (Veiligheid en Justitie) dat gemeenten meer mogelijkheden geeft om camera's flexibel in te zetten bij de aanpak van zich verplaatsende overlast. Bijvoorbeeld in probleemgebieden. De maatregel gaat in op 1 juli 2016 en ondersteunt de aanpak van overlast door hangjongeren, drugsdealers, straatrovers en zakkenrollers.

Nu mogen gemeenten alleen nog werken met vaste camera's op vooraf bekendgemaakte plaatsen. Ze worden gebruikt voor statisch en langdurig toezicht op plekken met een verhoogde kans op verstoringen van de openbare orde, bijvoorbeeld winkelstraten of uitgaansgebieden. De vaste camera's, die aan gevels of dakranden van gebouwen hangen, zijn nuttig maar niet snel inzetbaar voor bestrijding van zich verplaatsende overlast. Daarom wordt de huidige regeling uitgebreid. Gemeenten kunnen zelf bepalen welke vorm van