



## Inhoudelijke toetsing van statuten van NV's en BV's\*

### 1. *Inleiding*

Thans is bij de Tweede Kamer in behandeling het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijziging van statuten van naamloze en

besloten vennootschappen (hierna: NV's en BV's).<sup>1</sup>

Het wetsvoorstel houdt in een beperking van het preventieve toezicht tot een controle op de financiële en criminele antecedenten van degenen die het beleid van de vennootschap (mede) gaan bepalen. De preventieve technisch-juridische toetsing van de akte en de statuten door het Ministerie van Justitie komt te

vervallen en hiermede de departementale richtlijnen aan de hand waarvan de

---

\* Over dit zelfde onderwerp is dit WPNR nog een artikel opgenomen: 'Herziening preventief toezicht. Wetsvoorstel 26 277' van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

1. Kamerstuknummer 26277.

technisch-juridische toetsing van de akte en de statuten plaatsvindt. Deze richtlijnen worden in de wet opgenomen, alleen voorzover door het vervallen van de richtlijnen leemtes in de wet zouden ontstaan. Een inhoudelijke wijziging van de voorschriften is niet beoogd. De inhoudelijke toetsing van statuten door het Ministerie van Justitie is gebaseerd op de artt. 2:68 en 179 BW voor de oprichting van NV's en BV's, artt. 2:72 en 183 BW voor de omzetting in NV's en BV's en artt. 2:125 en 235 BW voor de wijziging van statuten van NV's en BV's. Ingevolge lid 2 van de genoemde artikelen voor de oprichting en statutenwijziging van NV's en BV's, moet de verklaring worden geweigerd als de akte in strijd is met de openbare orde of de wet, en, ingeval van een statutenwijziging, tevens indien deze in strijd is met een wettige bepaling der statuten.

In dezelfde genoemde wetsartikelen wordt bepaald dat ter verkrijging van een verklaring van geen bezwaar een ontwerp van de akte van oprichting of statutenwijziging aan de minister moet worden gezonden.

In de genoemde wetsartikelen die de omzetting in NV's en BV's regelen, worden de wetsartikelen omtrent de oprichting van overeenkomstige toepassing verklaard.

Over de voorgestelde wettelijke regeling tot herziening van het preventieve toezicht door het Ministerie van Justitie is onlangs geschreven door P.J. Dortmond<sup>2</sup> en M.J.A. van Mourik.<sup>3</sup>

Hieronder zal voornamelijk ingegaan worden op de preventieve inhoudelijke toetsing van statuten. Aan de hand van een aantal praktijkgevallen zal de noodzaak van deze toetsing worden aangetoond. Een alternatief voor het vervallen van deze toetsing door het Ministerie van Justitie zoals wordt voorgesteld, wordt aangedragen.

## 2. *Inhoudelijke toetsing door het Ministerie van Justitie; de meningen*

Door de ministers van Justitie en Economische Zaken is een werkgroep Preventief toezicht vennootschappen ingesteld onder voorzitterschap van J.C.K.W. Bartel (de MDW-werkgroep, genoemd naar het project Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit).

Op 5 juli 1996 is het eindrapport van die werkgroep verschenen.

Zij vindt dat het preventief toezicht bij het notariaat thuishoort en niet bij de overheid. De overheid verricht hier taken die bij andere, vergelijkbare notariële werkzaamheden door de notaris zelf worden uitgeoefend. Nu jurisprudentie, doctrine en rechtspraak voldoende duidelijkheid bieden voor het notariaat kan deze uitzonderingssituatie naar het oordeel van de werkgroep worden opgeheven.

In zijn genoemd artikel geeft M.J.A. van Mourik een overzicht van de verschillende meningen. In het kort weergegeven zijn B.C.M. Waaijer,<sup>4</sup> L. Timmerman,<sup>5</sup> en M.J.A. van Mourik<sup>6</sup> voorstander van het afschaffen van het preventieve inhoudelijke toezicht door het Ministerie van Justitie.

Tegen het afschaffen van de preventieve inhoudelijke toetsing door het Ministerie van Justitie zijn H.J.M.N. Honée<sup>7</sup> en P.J. Dortmond.<sup>8</sup> De laatste noemt het departement een goede scheidsrechter.

Ook Maeijer<sup>9</sup> is voorstander van een preventieve inhoudelijke toetsing door het departement.

De commissie Vennootschapsrecht heeft op 4 oktober 1997 advies uitgebracht over het rapport van de MDW-werkgroep. Volgens de commissie verhoogt het huidige stelsel de rechtszekerheid en maakt al te gedetailleerde wetgeving overbodig. De concentratie van de juridische toets bij het departement voorkomt het opnemen van afwijkende bepalingen die voor sommige beroepsbeoefenaars niet acceptabel zijn.

Ook van de zijde van het Verbond van Nederlandse Ondernemingen (VNO) is gepleit voor het behoud van het juridisch-statutair toezicht. VNO/NCW heeft in een op 4 november 1996 aan de voorzitter van de Tweede Kamer gezonden brief (als bijlage 1 gevoegd bij de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel) onder meer aangegeven dat het preventief juridisch toezicht de rechtszekerheid verhoogt en ertoe leidt dat in Nederland over statutaire bepalingen zelden of nooit wordt geprocedeerd.

Volgens de minister in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel, brengt de door de commissie gevraagde aandacht voor rechtszekerheid en eenduidigheid in de uitleg van de wettelijke bepalingen niet onlosmakelijk met zich mee dat het departement zich moet buigen over de juridische inrichting van iedere vennootschap. Dit zou naar de

mening van de minister ook aan een onpartijdige derde kunnen worden overgelaten. De zorg voor juridisch correcte statuten moet bij het notariaat blijven berusten. De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft desgevraagd laten weten, dat zij bij de verdere uitwerking van deze taak de afzonderlijke notarissen terzijde zal kunnen staan.

## 3. *De praktijk*

Sedert de invoering van de nieuwe vragenlijsten, beperkt het preventieve inhoudelijke toezicht door het Ministerie van Justitie bij de oprichting van NV's en BV's zich tot het beoordelen van bijzondere statutaire bepalingen die niet gebracht kunnen worden onder één van de bepalingen welke van ondergeschikt belang zijn, waarvan een lijst door het departement is gepubliceerd.

Naar bij het departement reeds gedeponeerde en door het departement goedgekeurde modellen hoeft alleen nog op formulier A te worden verwezen.

Indien in het model een statutaire bepaling wordt opgenomen welke niet voorkomt op de lijst van bepalingen welke van ondergeschikt belang zijn, moet de ontwerp-akte met daarin de bijzondere statutaire bepaling duidelijk aangegeven, ter beoordeling aan het departement worden meegezonden.

De commissie Vennootschapsrecht heeft geconstateerd dat naar mate het departement - helaas - minder aandacht besteedde aan de inhoudelijke toetsing, het notariaat in sterkere mate afwijkende statutaire bepalingen als aanvaardbaar beschouwde. In de praktijk blijken sommige bijzondere statutaire bepalingen voor het ene notariskantoor wel accepta-

2. P.J. Dortmond, Het preventieve toezicht bij de oprichting van naamloze en besloten vennootschappen, De Naamloze Vennootschap 76, 12 december 1998, p. 274-280.

3. M.J.A. van Mourik, Herziening van het preventief toezicht, WPNR (1999) 6344, p. 99-103.

4. Mr. B.C.M. Waaijer, Verklaring van (geen) bezwaar, WPNR (1991) 6012, p. 471-475.

5. L. Timmerman, Actualiteiten, Plannen voor een nieuwe opzet van het departementaal toezicht, TVVS 1996, nr. 96/9, p. 253-254.

6. Zie noot 3, p. 99 en p. 100.

7. H.J.M.N. Honée, Bezwaar, De Naamloze Vennootschap, november 1991, p. 249.

8. Zie noot 2, p. 275 en 276.

9. Asser-Maeijer 2, III, nr. 66.

bel, maar voor het andere niet. Hiervan geeft P.J. Dortmund op p. 275 van zijn genoemd artikel voorbeelden. De commissie Vennootschapsrecht verwacht dat deze ontwikkeling zich bij de afschaffing van het statutaire preventieve toezicht zal versterken. Statuten in strijd met de wet, zijn bij coöperaties - waar geen preventief toezicht is - geen zeldzaamheid, bij NV's en BV's tot nu toe wel.

Wat betreft de wet wil ik in het bijzonder wijzen op twee bepalingen waarmee met het opstellen van statuten rekening gehouden moet worden.

Allereerst art. 2:242 lid 2 BW betreffende de benoeming van bestuurders, waarin wordt bepaald dat de benoeming van bestuurders na oprichting van de BV geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij zij overeenkomstig art. 2:272 BW door de raad van commissarissen geschiedt.

Het kan zijn dat een cliënt zich tot u wendt met het verzoek om in de statuten van een BV alle bevoegdheden aan de raad van commissarissen toe te kennen welke door de structuurregeling aan de raad van commissarissen worden toegekend. Het betreft dan niet alleen de bevoegdheid om de in art. 2:274 BW genoemde besluiten van het bestuur goed te keuren, maar ook om het bestuur te benoemen en te ontslaan (art. 2:272 BW).

Ik merk op dat, indien de BV geen structuurvennootschap is, de laatstgenoemde bevoegdheid niet toegekend kan worden aan de raad van commissarissen. De benoeming van bestuurders kan ingevolge art. 2:242 BW alleen worden toegekend aan een volgens de structuurregeling benoemde raad van commissarissen (coöptatie, met het recht van aanbeveling en bezwaar van de algemene vergadering van aandeelhouders, bestuur en ondernemingsraad (zie art. 2:268 BW)).

Wordt in de statuten van de BV de benoeming van de raad van commissarissen niet volgens de structuurregeling geregeld dan is ingevolge art. 2:242 BW de algemene vergadering van aandeelhouders tot benoeming van bestuurders bevoegd en niet de raad van commissarissen.

Op de tweede plaats wil ik wijzen op art. 2:244 lid 2 BW, waarin wordt bepaald dat de in de statuten voorgeschreven volstrekte meerderheid voor het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot schorsing of ontslag van bestuurders niet groter mag zijn dan twee derden van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende meer dan de helft van het kapitaal.

#### 4. *Noodzaak van inhoudelijke toetsing; oplossing*

Ik pleit vòòr het handhaven van een inhoudelijke toets van statuten bij de oprichting en statutenwijziging van NV's en BV's.

In de Memorie van Toelichting stelt de minister dat de rechtszekerheid en eenduidigheid ook zijn gediend wanneer de expertise van een onpartijdige derde wordt ingeschakeld. Naar mijn mening kan en moet de KNB als publiekrechtelijke organisatie onder de nieuwe Notariswet hier een belangrijke rol spelen.

Als publiekrechtelijke organisatie kan zij verordeningen vaststellen welke verbindend zijn voor alle notarissen. Één zo'n verordening zou kunnen inhouden dat de notarissen verplicht zijn om de door hen vervaardigde ontwerp-akte van oprichting en statutenwijziging van de NV's en BV's te onderwerpen aan een inhoudelijke toets door de KNB, voordat zij tot het passeren van de akte kunnen overgaan. Naast de verklaring van geen bezwaar van het Ministerie van Justitie is dan tevens vereist een zogenaamde

verklaring van geen bezwaar door de KNB.

Om te voorkomen dat door de inhoudelijke toets door de KNB lange wachttijden ontstaan voor het oprichten en wijzigen van statuten van NV's en BV's, kan, zoals dat thans reeds bij het departement wordt gedaan, gebruik worden gemaakt van vooraf door de KNB goedgekeurde modellen.

Ook dient te worden bepaald dat de notarissen verplicht zijn om *elke* inhoudelijke wijziging in de modelstatuten ter toetsing voor te leggen aan de KNB.

Terzijde wil ik nog wijzen op het vervallen van §5 van de Departementale Richtlijnen 1986 tengevolge van het genoemde wetsvoorstel. Hiermede komen ook te vervallen de eisen die worden gesteld aan de zogenaamde Joost van den Vondel-constructie, waarbij de dochtervennootschap de onderneming van de moeder voortzet en een naam heeft die lijkt op die van de moeder. Om mogelijke benadeling van crediteuren van de dochtervennootschap door deze naamsgelijkheid te voorkomen wordt in §5 onder meer als eis gesteld, dat het geplaatst kapitaal van de dochtervennootschap ten minste het bedrag belooft van de som van het geplaatst kapitaal en de niet uitkeerbare reserves van de moedervennootschap waarvan de activiteiten worden voortgezet.

Opmerkelijk is dat het vervallen van deze eisen in §5 door de minister in de Memorie van Toelichting niet wordt gemotiveerd, terwijl toch de in §5 gegeven redenen voor het stellen van deze eisen blijft bestaan.

*Mr. W. Bosse\*\**

\*\* Notaris te Amsterdam.