

De eenpersoonsvennootschap¹

J.B. Huizink*

In mijn visie bestaat het vennootschapsrecht uit twee belangrijke componenten. Deze hangen samen met de rechtspersoonlijkheid van de kapitaalvennootschappen. Als rechtspersoon is de kapitaalvennootschap *exclusief aansprakelijk* voor haar verbintenissen. Niet de personen die zich van het juridische vehikel vennootschap bedienen, zoals aandeelhouders, bestuurders en commissarissen *haften* voor haar verplichtingen, maar de vennootschap als rechtssubject zelf. Artikel 2:64 (175) BW bepaalt dat aandeelhouders niet gehouden zijn boven het bedrag dat op de aandelen moet worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen.

Kapitaalvennootschappen zijn niet alleen rechtspersoon; in de regel gaat achter deze juridische facade een samenwerkingsverband van rechtssubjecten schuil: aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en – afhankelijk van hoe men de kapitaalvennootschap maatschappelijk situeert – mogelijk ook werknemers, crediteuren en wellicht nog een veel grotere kring van betrokkenen. In die zin is vennootschapsrecht in belangrijke mate organisatierecht en een substantieel deel van de bepalingen uit Boek 2 BW heeft betrekking op die organisatierechtelijke aspecten: verdeling van bevoegdheden en verplichtingen over de verschillende vennootschapsorganen, de samenstelling van die organen, besluitvorming, vertegenwoordiging, enzovoort. In dit organisatierecht (tegenwoordig spreekt men vaak over ‘governance’) verschilt de vennootschap niet wezenlijk van andere samenwerkingsverbanden. Samenwerken is alleen mogelijk als bepaalde regels in acht worden genomen.

De zojuist genoemde exclusieve aansprakelijkheid ligt ten grondslag aan het tweede complex van rechtsregels waaruit het vennootschapsrecht bestaat. Door die exclusieve aansprakelijkheid is de kapitaalvennootschap een prachtig instrument om ondernemersrisico af te wentelen. De wetgever heeft er echter van meet af aan rekening mee gehouden dat dat laatste ten koste van crediteuren kan gaan. Vandaar dat er allerlei regels van vennootschapsrecht bestaan die (mede) gericht zijn op bescherming van die crediteuren. Men vergelijk op de volgende punten de naamloze en de besloten vennootschap met de persoonsvennootschap: oprichting, verklaring van geen bezwaar, publicatie gegevens, jaarrekening, kapitaal-

* Prof. mr. J.B. Huizink is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

¹ Dit is een actualisering van mijn bijdrage Het vennootschapsrecht en de eenpersoonsvennootschap aan de bundel *De Le(eg)ningheid van het Sociaal recht, Liber amicorum L.H. van de Heuvel*, red. E. Lutjens (2006).

bescherming en bestuurders-, commissarissen- en concernaansprakelijkheid. Stuk voor stuk onderwerpen die in belangrijke mate hun ratio vinden in de bescherming van de vennootschapscrediteuren. Uitgebreid en soms zeer complex uitgewerkt bij de kapitaalvennootschappen en vanwege de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten niet of nauwelijks aanwezig bij de personenvennootschappen. Ook niet wanneer men kijkt naar de binnenkort in te voeren nieuwe regeling van de personenvennootschappen ingevolge de vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) BW.²

De eenpersoonsvennootschap

In de Nederlandse wetgeving wordt in beginsel geen verschil gemaakt tussen vennootschappen met een gespreid aandelenbezit en vennootschappen waarvan de aandelen in één hand zijn, de zogenoemde eenpersoonsvennootschap. De aanpassing van de wetgeving aan de twaalfde EU-richtlijn inzake het vennootschapsrecht³ heeft weinig om hakken gehad. Uitgangspunt van de wetgever was om zo weinig mogelijk verschillen te creëren tussen eenpersoons- en andere vennootschappen.⁴ De belangrijkste aanpassingen:

- opgave dat de vennootschap een eenpersoonsvennootschap is, artikel 14 aanhef onder g Hregb 1997;
- verplichting van het bestuur om van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders aantekening te houden, artikel 2:120 (230) BW. Dit voorschrift heeft overigens betrekking op alle vennootschappen, dus ook die met verschillende aandeelhouders;
- ingevolge artikel 2:137(247) lid 1 BW moeten rechtshandelingen van de vennootschap met de enige aandeelhouder waarbij de vennootschap wordt vertegenwoordigd door die aandeelhouder (die dan dus meestal ook de enige bestuurder van de vennootschap zal zijn) schriftelijk worden vastgelegd. Zulks op straffe van vernietigbaarheid ten behoeve van de vennootschap.⁵

2 Zie Kamerstukken 28 746 A.

3 Twaalfde richtlijn van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, Pb. L 395/40 van 30 december 1989. Gewijzigd bij toetredingsakte van 1994, Pb. C 241/09, p. 21, zoals gewijzigd door het Besluit van de Raad van de Europese Unie van 1 januari 1995, Pb. L 1 van 1 januari 1995, p. 1.

4 MvT Aanpassingswet Twaalfde Richtlijn, Kamerstukken 21 959, nr. 3, p. 2.

5 Zie uitvoerig over de eenpersoonsvennootschap H.E. Boschma, *De eenpersoons-bv* (diss.), Groningen 1997, dl. 28 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 1997.

Niettemin bekruipt mij meer en meer het gevoel dat te weinig onderkend wordt dat de eenpersoonsvennootschap in belangrijke mate verschilt van vennootschappen met meer aandeelhouders. Belangrijke onderdelen van het vennootschapsrecht hebben weinig of geen betekenis wanneer alle aandelen in één hand zijn. Men denke met name aan wat ik hiervoor heb aangeduid als het vennootschapsorganisatierecht. De relatieve betekenisloosheid voor eenpersoonsvennootschappen van dit onderdeel van het vennootschapsrecht springt nog meer in het oog als de enig aandeelhouder op zijn beurt ook nog de enige bestuurder van de vennootschap is.

Een goed voorbeeld vormt de rechtspositie van de bestuurder van de vennootschap. Als deze voor zijn werkzaamheden een beloning ontvangt, dan bestaat er – zo leren wij ten minste – tussen de bestuurder en de vennootschap een rechtsbetrekking die als arbeidsovereenkomst gekwalificeerd moet worden. Toen ik mijn proefschrift schreef, was ik eveneens die mening toegedaan.⁶ Inmiddels ben ik daar op teruggekomen en vind ik die benadering nodeloos ingewikkeld. Bovendien vind ik het bij eenpersoonsvennootschappen en daarmee gelijk te stellen vennootschappen ronduit krampachtig om vol te houden dat er een gezagsrelatie bestaat tussen de directeur en de vennootschap als de directeur (nagenoeg) alle aandelen van de vennootschap houdt en de vennootschap daardoor volledig kan aansturen.⁷

Ten diepste heeft de kwestie natuurlijk te maken met de vraag of wel onder alle omstandigheden kan worden volgehouden dat eenpersoonsvennootschappen op dezelfde manier moeten worden behandeld als vennootschappen met verschillende aandeelhouders.⁸ Het is deze vraag die in deze bijdrage centraal staat.

Wel wijs ik met betrekking tot vennootschapsbestuurders nog op het in maart 2008 verschenen consultatie voorontwerp van het ministerie van Justitie inzake aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.⁹ Het kabinet wil de vraag aan de orde stellen of de overeenkomst van de vennootschap met een statutair bestuurder tevens een arbeidsrechtelijke relatie met de vennootschap moet blijven inhouden. Ik zou die vraag graag bevestigend willen beantwoorden. Zie ik het goed, dan zijn we overigens – onbedoeld? – op het vlak van de beëindi-

6 Bestuurders van rechtspersonen, dl. 28 IVO-reeks, Deventer Kluwer 1989.

7 Zie De bestuurder-werknemer revisited, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2003/4.

8 Bij eenpersoonsvennootschappen moet men niet alleen denken aan vennootschappen met een directeur-aandeelhouder, maar ook aan de meeste groepsmaatschappijen. Het gaat dus om nogal wat vennootschappen. Wel merk ik op dat bij het navolgende steeds in het achterhoofd moet worden gehouden dat er verschillen bestaan tussen de vennootschap met een aandeelhouder-natuurlijk persoon (of wat daar op lijkt, zoals het 'miniconcern' onder het motto: 'één bv is geen bv') en groepsmaatschappijen die deel uitmaken van een (groot) concern.

9 Te raadplegen op de website van het ministerie van Justitie <www.justitie.nl>.

ging van de rechtsbetrekking met de bekende september-arresten van ons hoogste rechtscollege¹⁰ ongemerkt al een heel eind de goede richting opgeschoven. In deze rechtspraak voegt het arbeidsrecht zich ten aan zien van het ontslag van de bestuurder in belangrijke mate naar het vennootschapsrecht, waarmee datzelfde arbeidsrecht ten aanzien van deze figuren aan eigenstandige betekenis verliest. Maar er is nog een boel te doen. Volgens het ambtelijk voorontwerp zal aan artikel 2:132 (242) BW een nieuw derde lid worden toegevoegd dat luidt:

‘De rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap wordt niet aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.’

Een dergelijke bepaling – welke we ook kennen in het nieuwe recht van de personenvennootschappen, artikel 7:800 lid 3 BW¹¹ – leidt mijns inziens tot een daadwerkelijke vereenvoudiging van het vennootschapsrecht en – niet onbelangrijk – tevens tot een lastenverlichting voor ondernemers, omdat het een einde maakt aan het *lawyers paradise* dat het ontslagrecht van vennootschapsbestuurders voor velen is. Wel zou ik menen dat, zoals ik elders heb bepleit¹², de wet een hardheidsclausule zou moeten bevatten tegen (kennelijk) onredelijk ontslag van vennootschapsbestuurders. Men kan volstaan met een simpele wetsbepaling. Terug nu naar de eenpersoonsvennootschap.

Krampachtig

Zojuist noemde ik de manier waarop ten onzent wordt omgegaan met de positie van de directeur-groootaandeelhouder krampachtig. Maar er is meer: veel van de voorschriften van Boek 2 BW die betrekking hebben op de gang van zaken rond de algemene vergadering van aandeelhouders zijn eigenlijk niet toegespitst op de eenpersoonsvennootschap. De voorschriften over het bijeenroepen van de algemene vergadering, artikel 2:109 (219) BW, over de oproeping van de aandeelhouders tot de algemene vergadering, artikel 2:113 (223) BW, over de agendering, artikel 2:114 (224) BW en over de plaats van de vergadering, artikel 2:116 (226) BW zijn geschreven voor een vennootschap met verschillende aandeelhouders, kunnen een functie hebben bij eenpersoonsvennootschappen waar een derde de directiefunctie vervult, maar hebben geen redelijke zin bij een vennootschap waarin de bestuurder alle

10 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484 (Unidek) en HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 (Ciris/Bartelink).

11 Invoeringswet titel 7:13 BW, Kamerstukken 31 065, nr. 2, p. 1.

12 Zie voetnoot 7.

aandelen houdt.¹³ Dat geldt ook voor het stemrecht, artikel 2:118 (228) en 2:120 (230) BW: in je eentje kun je niet stemmen en dus acht ik het nutteloos om een onderscheid te maken tussen het uitbrengen van een stem enerzijds en de besluitvorming anderzijds.¹⁴ Dat is wel bijzonder manifest bij artikel 2:128 (238) BW dat handelt over de besluitvorming buiten vergadering.¹⁵ Volgens de wet moet het besluit worden genomen met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders en moeten de stemmen schriftelijk worden uitgebracht. Bij eenpersoonsvennootschappen heeft zo'n voorschrift geen zin en gelukkig heeft de Hoge Raad in het Janssen Pers-arrest¹⁶ beslist dat het bij eenpersoonsvennootschap voldoende is dat het besluit van de enige (stemgerechtigde) aandeelhouder schriftelijk wordt vastgelegd. Hoe, wanneer en door wie laat de Hoge Raad in het midden. Weliswaar worden op de regeling van de besluitvorming buiten vergadering enkele versoepelingen aangebracht volgens het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, maar deze vereenvoudigingen voegen voor de eenpersoonsvennootschap weinig toe. Zo blijft de 'raadgevende stem' van bestuurders gehandhaafd, zij het dat de bestuurders en commissarissen *voorafgaand* in de gelegenheid moeten worden gesteld om advies uit te brengen.¹⁷ Een vereenvoudiging voor de eenpersoonsvennootschap vormt wel het nieuw voorgestelde artikel 2:238 lid 3 BW inzake de ondertekening en vaststelling van de jaarrekening. Waarom deze verfrissende lijn niet verder wordt doorgetrokken, is onduidelijk.

Maar ook in – om maar eens wat te noemen – het kapitaalbeschermingsrecht zijn er tal van voorschriften die bij een eenpersoonsvennootschap weinig of geen betekenis hebben. Denk aan de regeling van de *nachgründung* in artikel 2:94c (204c) BW. Een handeling in strijd met het desbetreffende voorschrift kan ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd, maar bij een eenpersoonsvennootschap zal dat praktisch niet aan de orde zijn. Wel bij faillissement van de vennootschap zal men mij wellicht tegenwerpen. Mijns inziens kan langs de weg van termijnstelling echter betrekkelijk eenvoudig aan de driejaarstermijn voor het invoeren van de nietigheid een

13 En vaak ook bij daarmee op één lijn te stellen vennootschappen, zoals de besloten vennootschap in het hierna te bespreken arrest HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 waarin van de 35 aandelen er 34 werden gehouden door de enige bestuurder van de vennootschap en één aandeel door diens echtgenote.

14 Ik vermoed dat hetzelfde geschreven kan worden over veel statutaire bepalingen over de gang van zaken in en rond de algemene vergadering van aandeelhouders.

15 Anders overigens Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen (diss.), Groningen 1999, dl. 31 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 1999, p. 21 e.v.

16 HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 nt. Ma.

17 Zie art. 2:238 lid 1, tweede volzin volgens het wetsvoorstel, Kamerstukken 31 058, nr. 2, p. 18.

einde worden gemaakt.¹⁸ In dit licht betreur ik dan ook niet dat artikel 2:204c BW in het kader van de flexibiliseringsplannen van het bv-recht zal worden geschrapt¹⁹, wat er overigens ook zij van het mijns inziens nogal rigoureuze snijden in allerlei kapitaal- en vermogensbeschermingsvoorschriften.

Waar het om gaat is dat nagenoeg alle voorschriften waarin bevoegdheden zijn toegedeeld aan verschillende vennootschapsorganen geschreven zijn tegen de achtergrond van een zekere diversiteit aan binnen het vennootschapsverband samenwerkende personen, aan verschillende *institutionaal betrokkenen*. Van dat laatste is bij de eenpersoonsvennootschap dikwijls geen sprake.

In dergelijke gevallen niettemin strikt vasthouden aan de naleving van – toegegeven – vaak dwingendrechtelijke voorschriften van vennootschapsrecht leidt tot een vorm van vennootschappelijke *Begriffsjurisprudenz*, en dat zouden we niet moeten willen.

Twee mooie arresten

Te beginnen met een ‘klassieker’ op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid: HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 nt. Ma (Beklamel). Aan deze zaak wordt gerefereerd wanneer men het heeft over de zogenoemde ‘Beklamel-norm’: indien een bestuurder van een vennootschap namens die vennootschap een verplichting jegens een derde aangaat, terwijl hij weet of behoort te weten dat de vennootschap die verplichting niet zal (kunnen) nakomen en ook overigens geen verhaal zal bieden, handelt die bestuurder onrechtmatig tegenover die derde en kan hij uit dien hoofde aansprakelijk zijn voor de door die derde geleden schade.

Het probleem bij deze eigenlijk voor zich sprekende invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid is evenwel dat op de derde (meestal dus een vennootschapscrediteur die voor zijn vordering geen verhaal kan nemen op de vennootschap) als geleedeerde de bewijslast rust van de voor aansprakelijkheid van de vennootschapsbestuurder vereiste wetenschap. Men name bij eenpersoonsvennootschappen²⁰ kan dat bewijsproblemen veroorzaken. In de Beklamel-zaak is in dat verband in cassatie de stelling opgeworpen dat in geval van een vennootschap waarbij alle aandelen in handen zijn van de bestuurder van wie schadevergoeding gevorderd wordt, de bewijslast zou moeten worden omgekeerd en op het bordje van de bestuurder zou moeten liggen. De Hoge Raad gaat daar niet in mee en houdt vast aan het

18 Natuurlijk vrijwaart zulks de bestuurder-aandeelhouder niet van eventuele OD-aansprakelijkheid tegenover niet-betaalde vennootschapscrediteuren, maar dat is een andere kwestie.

19 Kamerstukken 31 058, nr. 2, p. 11.

20 Zeker als er geen verdere werknemers bij de vennootschap in dienst zijn.

uitgangspunt van – thans – artikel 150 Rv: wie stelt moet bewijzen. Ik vind dat een goed uitgangspunt, ook bij eenpersoonsvennootschappen. Zou ten aanzien van die categorie kapitaalvennootschappen een ander uitgangspunt worden gehanteerd, dan zou het de betekenis van de eenpersoons-bv als vehikel om ondernemersactiviteiten onder te brengen en het persoonlijk aansprakelijkheidsrisico te verminderen ernstig doen verminderen. Iedere onbetaalde vennootschapscrediteur zou zich dan rechtstreeks tot de bestuurder-aandeelhouder kunnen wenden, die vervolgens maar moet aantonen dat hem of haar geen blaam treft. Daar is de vennootschap niet voor bedoeld, hetgeen bevestigd wordt wanneer men kijkt naar een belangrijke ratio van de eerder genoemde twaalfde vennootschapsrichtlijn over de eenpersoonsvennootschap.²¹ Zie ik het goed, dan speelt in dit soort aangelegenheden de verdeling van de vennootschappelijke bevoegdheden over de verschillende vennootschapsorganen geen rol.²²

Het tweede arrest speelt eveneens op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid, maar dan niet tegenover derden, maar tegenover de vennootschap zelf. HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 nt. Ma (Ellem) gaat over de interne aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW bepalende dat vennootschapsbestuurders hun taak naar behoren moeten vervullen. Zoals bekend kunnen bestuurders uit die interne aansprakelijkheid worden ontslagen door middel van decharge. Het daartoe strekkende besluit moet in beginsel door de algemene vergadering van aandeelhouders worden genomen.²³ Voor zover van belang ging het in het Ellem-arrest om een vennootschap waarvan de bestuurder en zijn vrouw alle aandelen bezaten: hij 34, zijn vrouw 1. In een algemene vergadering werd in het kader van de vaststelling van de jaarrekening uitdrukkelijk geconstateerd dat de man in zijn hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap een groot geldbedrag had overgemaakt naar een Zwitserse vennootschap. De vervolgens verleende decharge had ook betrekking op die overboeking. Vervolgens werden de aandelen in de vennootschap door het echtpaar verkocht. Een tijd later werd de man door een zoveelste opvolgend aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap aangesproken wegens onbehoorlijk bestuur, hieruit bestaande dat het geld van de overboeking spoorloos was verdwenen en de vennootschap dus schade was toegebracht. De Zwitserse vennootschap was volkomen *fake* en de man en vrouw bewoonden inmiddels een prachtig huis in dat alpenland.

21 Boschma, t.a.p. nr. 8-10. Boschma maakt terecht nog een onderscheid tussen de aansprakelijkheid van betrokkene als aandeelhouder of als bestuurder op welke laatste aansprakelijkheid de richtlijn niet ziet, maar of men nu door de hond of door de kat gebeten wordt ...

22 Vervolgarresten op Beklamel zijn HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 m.nt. Ma (Van der Vliet/Van Waning) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 m.nt. Ma (Romme/Bakker). De in Beklamel getrokken lijn staat tot op heden, zie verder Rechtspersonen (losbl.), art. 9, aant. 14a.

23 Zie over decharge verder Rechtspersonen (losbl.), art. 9, aant. 12 en de daar vermelde literatuur.

De man ontkende de onbehoorlijkheid van het bestuur niet, maar beriep zich op de verleende decharge, waarop de vraag aan de orde kwam of men zich te goeder trouw of naar redelijkheid en billijkheid wel kan beroepen op een eigenlijk aan en door zichzelf verleende decharge. Volgens de Hoge Raad valt niet in te zien waarom de man zich niet op de decharge zou kunnen beroepen, ook al zou hij de vennootschap opzettelijk of onzorgvuldig schade hebben toegebracht. Terecht, zoals de Hoge Raad aangeeft gaat het niet om schade die geleden is door derden, maar uitsluitend om de vraag of de decharge kan worden tegengeworpen aan een vordering tot schadevergoeding door de vennootschap zelf.

De ervaring leert dat veel mensen moeite hebben met de uitkomst van dit arrest. Tijdens spreekbeurten bespeur ik zelfs een zekere verontwaardiging: aandeelhoudersvergadering en bestuurder zijn immers twee handen op één buik. Men bedenke evenwel dat eerder genoemde zoveelste opvolgend koper van de aandelen beter had moeten opletten en een boekenonderzoek had kunnen doen. Ongetwijfeld is de overboeking naar Zwitserland in de oorspronkelijke koopprijs van de aandelen verdisconteerd. Welbeschouwd is er een uitkering aan de aandeelhouders gedaan zonder die uitkering in het juridisch daartoe geëigende vat van dividend te gieten. Dat vormt mogelijk een benadeling van de fiscus, maar vennootschapsrechtelijk is er weinig op tegen.

Anders dan in Beklamel speelt de verdeling van de bevoegdheden over de verschillende vennootschapsorganen in het Ellem-arrest een belangrijke rol. Het springende punt is mijns inziens dat juist vanwege het eenpersoonsachtige karakter van de vennootschap Ellem BV, die rolverdeling irrelevant was gelet op de parallelle van het bestuursbelang enerzijds en het aandeelhoudersbelang anderzijds. Men zou het ook anders kunnen formuleren: het belang van de vennootschap loopt in vennootschappen als Ellem BV nagenoeg één op één met het aandeelhoudersbelang. Ik kan dat op deze plaats niet uitwerken, maar deze notie is dunkt mij van evident belang voor de betekenis van de bestuursautonomie bij ondergeschikte groepsmaatschappijen. In de regel zal bij de bestuurlijke afweging het concernbelang doorslaggevend zijn en moet dit belang eerst wijken als betaling van de crediteuren in het geding komt. Wat dat betreft lijkt artikel 2:239 lid 4 BW volgens het voorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht heel wat, maar dieper doordenken leert ons dat de bepaling eigenlijk niets toevoegt.

Het voorgaande betekent mijns inziens dat de beslissing in de Ellem-zaak goed anders had kunnen uitpakken als er belangen van anderen, bijvoor-

beeld van werknemers of crediteuren, in het spel waren geweest.²⁴ Hoe dat ook zij, ook ten aanzien van de onderhavige kwestie lijkt de regel kenmerkend 'decharge is decharge', ongeacht de samenstelling van het tot decharge bevoegde vennootschapsorgaan.

Slechte arresten

Wat ik zojuist als het springende punt in het Ellem-arrest heb aangeduid, vormt exact de reden waarom ik mij niet kan vinden in de recente rechtspraak van de Hoge Raad, daarin nagenoeg naadloos gevolgd door lagere rechters, over tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:146 (256) BW. Ik heb daar eerder over geschreven en zal niet in herhaling vervallen. De tegenstrijdig-belangregeling in Boek 2 BW noopt wegens haar uitgangspunt, het gaat niet om een besluitvormings- maar om een vertegenwoordigingsregeling, tot tal van technische, vennootschapsrechtelijke vragen die, hoe interessant ook, voor het hier betoogde buiten beschouwing kunnen blijven.²⁵ Ik verwijs ook naar de in deze aflevering van *O&F* opgenomen bijdrage van Ledebouwer. Waar gaat het om?

Ingevolge artikel 2:146(256) BW wordt, tenzij de statuten anders bepalen, de vennootschap bij tegenstrijdig belang met één of meer bestuurders vertegenwoordigd door commissarissen. Ofschoon deze bepaling, die van regerend recht is, nog tal van vragen oproept, is in het arrest Mediasafe door de Hoge Raad beslist dat het begrip tegenstrijdig belang betrekkelijk ruim moet worden opgevat.²⁶ In jurisprudentie en rechtspraak worden naar aanleiding van het arrest inmiddels de grenzen verkend.²⁷ Artikel 2:146 (256) BW bepaalt verder dat de algemene vergadering steeds bevoegd is één of meer andere personen als bevoegd aan te wijzen. Uit het Brandao-arrest volgt dat deze bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering volgens de Hoge Raad van dwingend recht is, ongeacht wat de statuten dienaangaande verder bepalen.²⁸ In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat een redelijke interpretatie van de aanwijzingsbevoegdheid meebrengt dat de directie in geval van tegenstrijdig belang de aandeelhou-

24 De juridische weg laat ik als zijnde voor dit betoog minder interessant in het midden. Men kan denken aan vernietiging van het dechargebesluit, maar vooral ook aan art. 2:8 lid 2 BW.

25 Zie verder Rechtspersonen (losbl.) art. 146 en de daar genoemde verdere literatuur.

26 HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568 nt. Ma (Mediasafe).

27 Zonder enige aanspraak op volledigheid noem ik het hierna te bespreken arrest HR 9 juli 2004, NJ 2004, 266 nt. Ma (Duplicado) en S.M. Bartman, De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang, WPNR 6615 (2005) en A.F. Verdam, Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, WPNR 6626 (2005) en de naar aanleiding daarvan verder in het WPNR gevoerde discussie.

28 HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 nt. PvS.

dersvergadering daar in beginsel van moet verwittigen opdat de algemene vergadering van haar recht om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen gebruik kan maken. Voor de goede orde merk ik op dat de aanwijzing ook kan inhouden dat de bestuurder, met wie het tegenstrijdig belang bestaat, bevoegd is om de transactie namens de vennootschap te stellen.

Waar komt dit alles bij vennootschappen met een directeur die tevens alle aandelen houdt op neer? Als er zich een tegenstrijdig-belangsituatie voordoet zal, wil er geen juridische hapering in de vertegenwoordiging van de vennootschap optreden, de bestuurder zich tot de aandeelhoudersvergadering moeten wenden en haar van het tegenstrijdig belang op de hoogte moeten stellen. Vervolgens moet de algemene vergadering van aandeelhouders beslissen of zij al dan niet van haar bevoegdheid om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen gebruik wil maken. Om zeker te zijn dat de transactie onaantastbaar is, doet de algemene vergadering er verstandig aan om de directeur als vertegenwoordigingsbevoegde voor de desbetreffende transactie aan te wijzen.

Men zie goed waar het om gaat. Ik geef een voorbeeld. Directeur en enig aandeelhouder Pietersen van Pietersen BV wil zijn oudste zoon op de loonlijst van de vennootschap plaatsen. Het namens de vennootschap sluiten van de arbeidsovereenkomst valt zonder twijfel onder het begrip tegenstrijdig belang in artikel 2:146 (256) BW. Pietersen wil geen gedonder en zal, ingefluisterd door zijn immer voorzichtige juridisch adviseur, in de hoedanigheid van enig aandeelhouder voor alle zekerheid zichzelf, maar dan weer in de hoedanigheid van bestuurder, als bijzondere vertegenwoordiger aanwijzen om de arbeidsovereenkomst met zoonlief af te sluiten. Daarbij is het zaak om een en ander wel te documenteren (vastleggen van het besluit tot aanwijzing door de algemene vergadering), want tussen gelijk hebben en gelijk krijgen bestaat een wereld van verschil. Nu het in dit soort gevallen vaak om besluitvorming van de aandeelhouder(s) buiten vergadering zal gaan, komt het in voetnoot 16 genoemde arrest Janssen Pers van pas. Niettemin blijft het een rare dubbelslag tussen Pietersen en hemzelf, zij het in verschillende hoedanigheid. Hoe begrijpelijk de tegenstrijdig-belangregeling zoals geïnterpreteerd door de Hoge Raad overigens moge zijn, bij eenpersoonsvennootschappen is zij, zoals ik wel heb geschreven non-sensicaal²⁹ en leidt zij alleen maar tot nodeloze complicaties. Niettemin is sinds het Brandao-arrest de bij Pietersen BV beschreven gang van zaken staande praktijk en er zijn nog nooit zoveel 'aandeelhoudersbesluiten' gemaakt als nu. Begrijpelijk, het risico van een tegenwerpbaar vertegenwoordigingsonbevoegdheid is eenvoudig niet aanvaardbaar.

29 WPNR 6599 (2004), p. 909/910.

De administratieve rompslomp is alleen maar gegroeid door het Duplicado-arrest van 9 juli 2004, NJ 2004, 266 nt. Ma, waarin de Hoge Raad met betrekking tot de aanwijzing van de bijzondere vertegenwoordiger door de algemene vergadering van aandeelhouders niet alleen beslist dat een en ander eveneens geldt bij eenpersoonsvennootschappen, maar ook dat van de aanwijzing moet blijken door middel van een uitdrukkelijk besluit. De Janssen Pers-methode is daarmee *exit* in dit soort tegenstrijdig-belangsituaties. En dat alles, zoals ons hoogste rechtscollege overweegt, vanwege de aan de tegenstrijdig-belangbepaling ten grondslag liggende beschermingsgedachte.

In het Duplicado-arrest is het concept van de vennootschap als organisatie naar mijn stellige overtuiging te ver doorgeschoten.³⁰ Is het fenomeen algemene vergadering bij de eenpersoonsvennootschap al enigszins krampachtig, de één-tweetjes bij een *conflict of interests* op basis van 's Hogen Raads uitleg van artikel 2:146 (256) BW staat volledig buiten de praktijk van het vennootschapsrecht. Zie ik het goed, dan zou men hier hetzelfde moeten zeggen als bij het eerder besproken Ellem-arrest over decharge: bij eenpersoonsvennootschappen is de aan de tegenstrijdig-belangregeling ten grondslag liggende beschermingsgedachte niet aan de orde, juist omdat alle aandelen in één hand zijn. Een crediteuren en werknemers dan? Ter bescherming van hun belangen staan andere instrumenten ten dienste, zoals de regels inzake kapitaal- en vermogensbescherming en bestuurdersaansprakelijkheid.

De flexibele bv

Het voorgaande laat mijns inziens duidelijk zien dat het in Boek 2 BW gehanteerde concept van de vennootschap als samenwerkingsverband bij eenpersoonsvennootschappen op onderdelen wringt. Vooral als het gaat om de toedeling van bevoegdheden over de verschillende vennootschapsorganen, het vennootschappelijke organisatierecht. Ik kom daar straks op terug, maar moet eerst een overstap maken naar iets anders.

Zoals ik reeds aangaf, is op dit moment het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht in behandeling bij de Tweede Kamer van de Staten-Generaal. Dat wetsvoorstel heeft zowel betrekking op wat ik eerder heb aangeduid als het organisatierechtelijke bv-recht als op het crediteurenbeschermingsrecht rond de bv.

Bij de organisatierechtelijke vereenvoudigingen en vernieuwingen kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de voorstellen vooral geschreven zijn

30 Zie voor de vraag in hoeverre een en ander is geredresseerd in het arrest HR 29 juni 2007, JOR 2007/67 (Bruil) opnieuw de bijdrage van Ledebor.

ter facilitering van de inrichting van de besloten vennootschap als joint-venture vehikel. Zij zullen naar mijn indruk zeker leiden tot flexibilisering van het bv-recht. Of van een vereenvoudiging van dat recht – en in het verlengde daarvan lastenverlichting voor ondernemend Nederland – sprake zal zijn moet ernstig worden betwijfeld.

Voor de eenpersoonsvennootschap bevat het wetsvoorstel geen bijzondere voorstellen.

Ik zou menen dat juist daar belangrijke mogelijkheden tot vereenvoudiging van het vennootschapsrecht liggen. Vereenvoudigingen ook die soms ook uitgebreid zouden kunnen worden tot vennootschappen met een gespreid aandelen bezit. Op het gevaar af in herhaling te vervallen wijs ik op mijn eerdere pleidooi om de vennootschapsbestuurder uit het arbeidsrecht te halen. Niet alleen bij de eenpersoonsvennootschappen, waar de gezagsverhouding onvindbaar is, maar ook bij vennootschappen met verschillende aandeelhouders waar, tenminste als men geen al te diepgaande kennis heeft van het vennootschapsrecht, een gezagsverhouding zich nog in enige mate laat traceren.³¹

Afschaffen algemene vergadering bij eenpersoonsvennootschappen?

Het voorgaande nog eens overpeinzend zou de afschaffing van het orgaan algemene vergadering van aandeelhouders de meest radicale vereenvoudiging zijn. Dat is een *umwertung aller werte* in het klassieke vennootschapsrechtelijke denken, en alleen al daarom weinig aantrekkelijk. Niet uit conservatisme, maar omdat men bewezen grondslagen van vennootschapsrecht niet zomaar moet loslaten. Het is hier niet de plaats om daar uitvoerig op in te gaan, maar bijvoorbeeld het voorstel om bestuurders en commissarissen niet noodzakelijk door de algemene vergadering van aandeelhouders te laten benoemen en ontslaan en in plaats daarvan het mogelijk maken dat dergelijke functionarissen door bepaalde aandeelhouders (handig voor joint-ventures) kunnen worden benoemd en ontslagen, staat op gespannen voet met een belangrijk uitgangspunt in het Nederlandse vennootschapsrecht. Ik doel op het beginsel van collegiaal bestuur, waarbij het bestuur als besluitvormend college dient te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, artikel 2:140 (250) lid 2 BW. Het valt mijns inziens moeilijk vol te houden dat dit corporate governance beginsel *avant la lettre* overeind blijft in vennootschappen waarbij de bestuurders door de verschillende (groepen van) aandeelhouders worden benoemd en ontslagen. Dat hoeft niet ernstig te zijn, maar er zou wel meer over nagedacht moeten worden dan thans het geval lijkt.

³¹ Zie voetnoot 7.

Terug naar de algemene vergadering van aandeelhouders. Afschaffen? En hoe dan: een vennootschap met slechts een bestuur of met slechts een aandeelhoudersvergadering? Lood om oud ijzer? De expertgroep De Kluiver wees de gedachte af. Daarin gevolgd door het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht.³² Het belangrijkste argument was toch weer de belangendichotomie tussen de vennootschap enerzijds en de vermogensverschaffer(s) anderzijds.³³ Terecht, maar niet bij de eenpersoonsvennootschap. Zie mijn opmerkingen hiervoor bij het Ellem-arrest en het Duplicado-arrest.

De regeling voor de Antilliaanse bv kent daarentegen wel iets dergelijks. De zevende afdeling van titel 6 over de besloten vennootschap bevat in de artikel 239 e.v. enkele bepalingen over wat daar genoemd wordt de aandeelhouder-bestuurde vennootschap.³⁴ Bij zo'n aandeelhouder-bestuurde vennootschap wordt in de wet telkens in plaats van bestuurder aandeelhouder gelezen en in plaats van het bestuur de algemene vergadering van aandeelhouders. De aandeelhouders kunnen de wijze waarop de vennootschap door hen zal worden bestuurd en de taakverdeling, beloning en dergelijke nader vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst. Naar Antilliaans recht is de aandeelhouder-bestuurde vennootschap niet beperkt tot de eenpersoonsvennootschap. Zijn er verschillende aandeelhouders, dan blijft er voor de ordening van het samenwerkingsverband zeker organisatierecht nodig, waarbij het de vraag is of een speciale regeling voor aandeelhouderbestuurde vennootschappen zo veel vereenvoudiging oplevert. In elk geval zal de wettelijke regeling met een nieuwe afdeling voor dergelijke vennootschappen moeten worden uitgebreid. Het zal dus tot meer regelgeving leiden.

Mijn punt bij de vennootschappen met een directeur-enig aandeelhouder is nu juist dat er op onderdelen *geen* behoefte bestaat aan organisatierecht, omdat er bij dergelijke vennootschappen juist niet sprake is van een samenwerkingsverband. Als men dus al iets zou willen, dan niet voor eenpersoonsvennootschappen *tout court*, maar alleen voor vennootschappen waarin het bestuur en de aandeelhoudersvergadering door dezelfde persoon bemand worden.³⁵

32 MvT Kamerstukken 31 058, nr. 3, p. 10.

33 Zie in die zin ook Timmerman, Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersvergadering, *Ondernemingsrecht* 2004/1-2, p. 27 e.v.

34 Geïnspireerd door de Amerikaanse '*membermanaged*' *limited liability company* uit de *Uniform Limited Liability Company Act* (1996), zie MvT, p. 4.

35 Weer een andere vraag is of de besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders bij eenpersoonsvennootschappen niet reeds op zichzelf vereenvoudigd kan worden. Een vraag die mijns inziens bevestigend beantwoord zou moeten worden, vgl. opnieuw de mijns inziens juiste beslissing van de Hoge Raad over besluitvorming buiten vergadering in het Jansen Pers-arrest, zie voetnoot 16.

Andere rechtspraak?

Men zou daarom kunnen denken aan de introductie van bijzondere regels voor dergelijke eenpersoonsvennootschappen. Ik vrees dat zulks uiteindelijk behoorlijk gecompliceerd zal blijken te zijn en onvermijdelijk tot meer regelgeving zal leiden. Zo zal bijvoorbeeld aandacht moeten worden besteed aan de bepaald niet eenvoudige vragen die zullen rijzen bij een 'regime-change', de overgang van één naar meer aandeelhouders. Op een nieuwe (sub)categorie kapitaalvennootschappen zit mijns inziens niemand te wachten. Op ingewikkelde wetgevingsprojecten evenmin.

Het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht bevat bescheiden voorstellen tot verruiming van de mogelijkheden tot besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders buiten vergadering. Zo wordt in het voorstel onder meer de eis dat besluitvorming slechts mogelijk is met algemene stemmen losgelaten. Wel blijft dat de stemmen schriftelijk moeten worden uitgebracht. Voor de eenpersoonsvennootschap schiet het als eerder opgemerkt dus niet erg op. Dat is geen verwijt. Het sterkt mij wel in de gedachte dat we het niet in wetgeving maar in een andere jurisprudentiële lijn moeten zoeken.

Daarvoor is nodig dat wordt ingezien dat het vennootschappelijk belang bij eenpersoonsvennootschappen in een juist perspectief moet worden gesteld. Het is hier niet de plaats om een uitvoerige uiteenzetting te geven over het vennootschappelijke belang. Ik meen echter dat, zonder voorbij te gaan aan het uitgangspunt dat het belang van de vennootschap enerzijds en het belang van de aandeelhouders anderzijds van elkaar moeten worden onderscheiden, het antwoord op de vraag naar wat het belang van de vennootschap in concreto vermog, sterk gekleurd wordt door het gegeven dat alle aandelen in één hand zijn. En nog sterker als die aandeelhouder op zijn beurt ook nog eens weer de enige bestuurder van de vennootschap is.

Natuurlijk spelen ook dan de belangen van andere stakeholders, zoals de vennootschapscrediteuren, werknemers en dergelijke. De vraag is evenwel of in dergelijke gevallen het vennootschappelijke organisatierecht het instrument moet zijn om de belangen van die andere stakeholders te waarborgen. Moet die waarborg niet veeleer in, wat ik in het begin van dit opstel geduid heb als, het tweede grote complex van vennootschappelijke regelgeving gezocht worden? Dus in bijvoorbeeld het kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht, of in aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders? Ik zou menen van wel. De *scope* van het organisatierecht is met name een evenwichtige gang van zaken tussen de direct institutioneel betrokkenen. En die zijn er eigenlijk niet eenpersoonsvennootschappen met eenzelfde directeur-aandeelhouder.

Wanneer men het voorgaande onderschrijft, zal men het met mij eens zijn dat het allemaal een stuk eenvoudiger zou kunnen. Laat ook bij eenpersoonsvennootschappen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders als verschillende organen binnen de vennootschap functioneren, maar stel aan de besluitvorming bij eenpersoonsvennootschappen werkbare voorschriften. Regels die recht doen aan de perceptie van betrokkenen. Daar mogen wat mij betreft best formele elementen in voorkomen. Zo kan ik me voorstellen dat wordt vastgehouden aan het vereiste dat besluitvorming buiten vergadering, ook bij eenpersoonsvennootschappen een statutaire grondslag heeft.³⁶ Voorts dat bij eenpersoonsvennootschappen, zoals in het Janssen Pers-arrest³⁷ is beslist, het besluit schriftelijk moet worden vastgelegd. Misschien kan in dat verband volstaan worden met artikel 2:120 (230) lid 4 BW. Maar laat dan ook dat vereiste niet meer zijn dan het moet zijn: *vastleggen* van besluitvorming, hetgeen iets anders is dan de besluitvorming zelf. Dat betekent dat de lijn van het Duplicado-arrest moet worden verlaten. Algemeen is aanvaard dat rechtshandelingen in beginsel ook stilzwijgend kunnen worden gesteld. Als dat ergens erkenning behoeft, dan, zo zou ik menen, wel bij de besluitvorming van een algemene vergadering van aandeelhouders die uit één persoon bestaat. Tegen die achtergrond zou de schriftelijke vastlegging louter een bewijstechnische betekenis hebben, maar niet beslissend moeten zijn voor de vraag of en hoe door de aandeelhouder is besloten.

Tot slot

Over het algemeen hebben betogen die strekken tot aanpassing, herziening of zelfs wijziging van wet- en regelgeving meer effect dan betogen om op wet- of regelgevingsgebied maar niets te doen en pas op de plaats te maken. En in het verlengde van dat laatste: om er vooral verstandiger mee om te springen. Ik heb er nooit onderzoek naar verricht en weet ook niet of iemand anders dat wel heeft gedaan. Maar ik vrees dat de uitkomst niet erg bemoedigend zal zijn. Dat geldt voor het uitvoerende vlak, maar naar – denk ik – zeker niet minder voor de rechtspraak.

Natuurlijk, we zijn allen doorkneed met de trias politica, maar wat is de rol van dat leerstuk bij onduidelijke, of erger: dubbelzinnige, en nog erger: ernstig gedateerde wetsgeschiedenis? Het beroep dat in de belangrijke recente HR-arresten³⁸ over de rechtspositie van bestuurders werd gedaan op de wetsgeschiedenis is niet alleen betrekkelijk (men kan met goede argumenten

³⁶ Het ambtelijke voorontwerp draait het precies om en laat besluitvorming buiten vergadering toe, tenzij de statuten anders bepalen.

³⁷ Zie voetnoot 10.

³⁸ HR 15 april 2005, NJ 2005, 484 (Unidek) en HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 (Ciris/Bartelink).

anders betogen), maar vooral ook slap. Het gaat er niet om wat men destijds dacht, maar wat de behoeften van nu zijn. Als ook maar enigszins blijkt dat die niet langer passen in het (al dan niet vermeende) toenmalige wettelijk, concept zou ik zeggen: GO!!!³⁹ De zojuist geplaatste voetnoot stemt wat dat betreft niet tot optimisme. Het gaat veelal niet zo. Toch hoop ik dat gedachten als in dit opstel ertoe zullen bijdragen dat het met de eenpersoonsvennootschap anders zal lopen.

39 Het voorkomt ook een nieuw fenomeen waarin de 'positieve ontvangst' van HR-arresten kennelijk een rol speelt. Zie HR 3 februari 2006, JAR 2006/66, conclusie A-G voetnoot 15. Ik word daar niet vrolijk van.