

Dit artikel is gepubliceerd in het tijdschrift Juridisch up to Date, januari 2011

Meer over de flexibilisering van het bv-recht

Auteurs: Mr. R. Taal en mr. A.C. van Campen, Van Iersel Luchtman N.V., Uden

1. Inleiding

Het ondernemersklimaat in Nederland wordt door buitenlandse ondernemers vaak negatief afgeschilderd. Met name omdat een BV oprichten in vergelijking met de oprichting van een rechtspersoon naar niet Nederlands recht een kostbare en tijdrovende aangelegenheid is. Als het aan de Tweede Kamer ligt, komt daar dit jaar nog verandering in en kan Nederland door invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht de concurrentie weer aan met mogelijkheden die momenteel een aantrekkelijker ondernemersklimaat hebben dan Nederland.

2. Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht

De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is op 15 december 2009 aangenomen in de Tweede Kamer. Momenteel ligt dit wetsvoorstel bij de Eerste Kamer. Daarnaast is op 15 juni 2010 de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ingediend¹. De verwachting is inmiddels dat de wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in de loop van 2011 in werking zal treden.

3. Afschaffing minimum kapitaal

De meest ingrijpende wijziging van de nieuwe wet voor de besloten vennootschap is dat het systeem van kapitaalbescherming volledig wordt omgegooid. De gedachte is dat de bescherming van schuldeisers niet langer moet worden gebaseerd op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de vennootschap aanwezig moet zijn.² In plaats daarvan wil de wetgever een systeem creëren waarin de geoorlooftheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap. Onzorgvuldigheid bij het uitvoeren van deze 'uitkeringstest' brengt direct risico's op bestuurdersaansprakelijkheid met zich.³ De uitkeringstest houdt in dat gecontroleerd moet worden of bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders het eigen vermogen verminderd met de wettelijke en statutaire reserves voldoende blijft om de opeisbare schulden te voldoen.⁴ De bestuurders zijn onder de nieuwe regels hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan indien zij onvoldoende zorgvuldigheid hebben betracht bij

¹ Kamerstuk 32 426

² Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 058, nr. 3, als ook 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht', B. Bier, Ondernemingsrecht 2006, 105.

³ Daar staat tegenover dat de aansprakelijkheid van bestuurders uit hoofde van artikel 2:180 lid 2 BW in geval niet voldaan is aan de storting van het minimumkapitaal komt onder het nieuwe recht te vervallen.

⁴ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer 31058, nr. 3, p. 26 en 28.

het doen van uitkeringen.⁵ Tevens kunnen de aandeelhouders worden aangesproken, mocht de BV niet slagen voor de uitkeringstest.⁶ Helaas wordt er in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geen antwoord gegeven op de vraag hoe een eventuele betalingsverplichting door een bestuurder of aandeelhouder fiscaal moet worden geduid. Het is dus nog onbekend of dergelijke betalingen fiscaal aftrekbaar zijn.

De achtergrond van de wijzigingen op het vlak van kapitaalbescherming is onder andere dat de huidige kapitaalbeschermingseisen in de praktijk aan crediteuren slechts schijnzekerheid verschaffen. Bovendien worden de regels ter zake de kapitaalbescherming (denk aan eisen rond stortingsplicht en minimumkapitaal) door velen gezien als een belemmering in de internationale concurrentiepositie van Nederland.⁷ Hier komt bij dat de regels dikwijls leiden tot een zware administratieve lastendruk. Door de afschaffing van het minimumkapitaal zal de besloten vennootschap een laagdrempelige rechtsfiguur worden.

Dit heeft er toe geleid dat onder de nieuwe wet op grond van artikel 2:178 van het wetsvoorstel een minimumkapitaal niet meer verplicht is. Oprichters kunnen een besloten vennootschap oprichten met een zeer klein kapitaal (van bijv. € 1,=).⁸ De wetgever heeft daarom het ook niet nodig geacht om uitvoerige formaliteiten op te nemen in de wet rondom de inbreng op aandelen. Men kan zich wel afvragen of de afschaffing van het minimumkapitaal niet zal leiden tot een stroom aan faillissementen van startende ondernemingen.

Onder de nieuwe wet zal in geval van oprichting van een besloten vennootschap bij de storting op de aandelen in geld ook geen bankverklaring meer nodig zijn. Bij storting op aandelen in natura zal het vereiste van een accountantsverklaring komen te vervallen. De inbrengverklaring in haar huidige vorm is aldus niet langer noodzakelijk. Ook de zogenaamde Nachgründung (de verkrijging van de goederen van een aandeelhouder of oprichter van de B.V. binnen één jaar voorafgaand aan de oprichting van de B.V.) zal komen te vervallen. Het is overigens op grond van de nieuwe wet wel aan het bestuur om te beoordelen of, en zo ja tegen welke voorwaarden, een dergelijke verkrijging dient plaats te vinden. Als er niet tegen marktconforme voorwaarden is ingekocht zal de bestuurder echter aansprakelijk zijn voor de schade die de vennootschap of een crediteur van de vennootschap hierdoor lijdt. Daarnaast zal in sommige gevallen een dergelijke rechtshandeling op grond van de actio pauliana kunnen worden vernietigd (artikel 3:45 BW en artikel 42 Faillissementswet).⁹ Het verbod op inbreng van een recht op arbeid en diensten zal wel blijven bestaan met name omdat aan de afschaffing hiervan teveel fiscale nadelen zijn verbonden. Mocht de inbreng van recht op arbeid en diensten wel toegestaan worden,

⁵ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer 31058, nr. 3, p. 26. Aanvankelijk ging het in het wetsvoorstel om een aansprakelijkheid voor het bedrag van de inkoop/uitkoop, later is dit gewijzigd.

⁶ Voor meer informatie omtrent de uitkeringstest en aansprakelijkheid zie onder andere 'Bestuurdersaansprakelijkheid en crediteurenbescherming bij de flex-bv', M. Kupperman, Juridisch up to Date, januari 2010.

⁷ In de Memorie van Toelichting wordt expliciet gewezen op de rechtsstelsel van o.a. Australië, Delaware en de Nederlandse Antillen, alwaar een externe inbreng controle ook ontbreekt. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007), 31 058, nr. 3, p. 61.

⁸ Zie artikel 2:178 jo 2:191 BW van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht.

⁹ Memorie van Toelichting, p. 80.

dan zou fiscaal gezien arbeid op een eenvoudige wijze kunnen worden omgezet in kapitaal en zou loon- dan wel inkomstenbelasting kunnen worden omzeild.

Voorts zal de beperking op de verkrijging van eigen aandelen tot 50 % van het geplaatste kapitaal komen te vervallen. In artikel 2:175 van het wetsvoorstel wordt bepaald dat na de verkrijging nog ten minste één aandeel met stemrecht moet worden gehouden door een ander dan de vennootschap en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen. Verder zal het bestuur voortaan beslissen over de verkrijging van aandelen in het kapitaal van de vennootschap en komt de huidige regeling hieromtrent te vervallen.

4. Verplichte blokkering van de overdraagbaarheid aandelen vervalt

Een andere belangrijke wijziging is dat de verplichte blokkering van aandelen zoals neergelegd in artikel 2:195 BW vervalt.¹⁰ In de statuten kan worden opgenomen dat er geen beperking gelden voor de overdraagbaarheid van aandelen. De aandelen zijn derhalve dus vrij overdraagbaar. Als er toch gekozen wordt voor een statutaire blokkeringsregeling dan kunnen er gedetailleerde afspraken in de statuten worden opgenomen over bepaling van de prijs van de aandelen. Bij een eventuele executie van verpande aandelen door de pandhouder zal de blokkeringsregeling overigens wel van toepassing blijven.

5. Veranderingen omtrent benoeming en ontslag bestuurders en commissarissen

Het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders blijven twee gescheiden organen. Daarmee blijft derhalve het duale karakter van de B.V. gehandhaafd. Het wetsvoorstel introduceert wel een nieuw orgaan: de houders van aandelen van een bepaalde aanduiding. Hiermee wordt aangegeven dat gewone aandelen op een bepaalde manier kunnen worden aangeduid, bijvoorbeeld met cijfers of letters.¹¹ Op deze manier kan een bepaalde groep van gewone aandeelhouders worden aangewezen als bevoegd orgaan zonder dat de statuten voorzien in prioriteitsaandelen. Hierdoor voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid dat een aandeelhouder zijn eigen bestuurder aanwijst. Hiermee wordt het bijvoorbeeld in joint venture verhoudingen mogelijk dat aandeelhouders ieder een eigen bestuurder kunnen benoemen. De stemovereenkomst zal hierdoor aan belang gaan verliezen. Een andere mogelijkheid is een bestuurder te benoemen op grond van flexibele stemrechtverdeling ex artikel 2:228 van het wetsvoorstel.¹² Dit betekent niet dat de benoemde bestuurder zich uitsluitend kan laten leiden door de belangen van aandeelhouder(s), want de regeling neemt niet weg dat het uitgangspunt moet blijven dat een bestuurder zich moeten laten leiden door het belang van de vennootschap.¹³ De nieuwe wet biedt met artikel 2:244 lid 1 daarnaast de mogelijkheid om een bestuurder tevens te kunnen laten ontslaan door een ander orgaan dan dat bevoegd is tot benoeming.

De regeling voor de benoeming van commissarissen wordt door het wetsvoorstel zoveel mogelijk gelijkgetrokken met die van de bestuurders. De commissarissen blijven echter

¹⁰ Zie onder andere: 'Flexibel aandeelhouderschap', P.J. Dortmund, Ondernemingsrecht 2007, 9.

¹¹ Memorie van Toelichting, p 42.

¹² Memorie van Toelichting, p 91.

¹³ Memorie van Toelichting, p 90.

toezichthouders en dienen zich nog steeds te blijven richten op het belang van de vennootschap.¹⁴ Nieuw is dat een commissaris op grond van artikel 254 lid 1 van de nieuwe wet door de algemene vergadering kan worden ontslagen wanneer deze mogelijkheid is opgenomen in de statuten.¹⁵

6. Bescherming minderheidsaandeelhouders

Het flexibeler worden van de regelgeving omtrent de BV staat op gespannen voet met de belangen van de minderheidsaandeelhouders. Vooral omdat de aandeelhouders door de nieuwe regelgeving meer mogelijkheden krijgen dan voorheen om de vennootschap naar believen in te richten. Toch heeft de wetgever in het wetsvoorstel naast de beoogde flexibiliteit ook de belangen van de minderheidsaandeelhouder mee laten wegen. Dit is onder andere terug te zien in het feit dat er extra eisen worden gesteld aan de besluitvorming in de gevallen dat een statutenwijziging zou zorgen voor een wijziging van bijvoorbeeld het stemrecht of het vergaderrecht. Voor een dergelijke wijziging is unanimititeit vereist of instemming van alle aandeelhouders die nadeel ondervinden van de voorgestelde wijziging. Een andere belangrijke verandering voor een minderheidsaandeelhouder is dat de huidige geschillenregeling wordt gewijzigd. De meeste wijzigingen zijn van procestechnische aard. Een van de belangrijkste wijzigingen hieromtrent is dat op basis van het nieuwe artikel 336 lid 5 gecombineerde afdoening van vorderingen mogelijk wordt gemaakt. Het combineren van bijvoorbeeld een vordering tot uitstoting dan wel uitreding en een vordering tot schadevergoeding kan gunstig zijn voor van de geschillenbeslechting.

7. Besluitvorming

In het wetsvoorstel wordt ook de besluitvorming buiten vergadering vereenvoudigd. In de statuten kan een plaats worden opgenomen voor de algemene vergadering die zich buiten Nederland bevindt. De algemene vergadering kan ook elders dan in de plaats waar deze behoort te worden gehouden plaatsvinden. Dit is mogelijk op grond van het nieuwe artikel 226 lid 2, mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met de plaats van de vergadering en de vergadering, de bestuurders en commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen. Daarnaast zal de minimale oproepingstermijn voor een algemene vergadering van vijftien naar acht dagen gaan. De nieuwe wet zorgt ook voor de mogelijkheid om buiten vergadering te besluiten zonder dat het nodig is dat een dergelijke wijze van besluitvorming in de statuten is opgenomen.

8. Wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht

Op 22 juni 2010 is het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ingediend.¹⁶ Dit wetsvoorstel bevat een aantal wijzigingen op het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering van bv-recht en het behelst een aantal aanpassingen van onder andere de huidige wettelijke regelingen omtrent de omzetting, fusie en splitsing van

¹⁴ Memorie van Toelichting, p 96.

¹⁵ Memorie van Toelichting, p 97.

¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 426 nr. 2

BV's. In artikel 181 lid 3 van de nieuwe wet is bijvoorbeeld opgenomen dat bij omzetting van een BV in een NV, de stemrechtloze en winstrechtloze aandelen die bij de BV uitstaan, komen te vervallen op het moment dat de omzetting van kracht wordt. Bij een omzetting van een NV in een BV kunnen aandeelhouders beschikken over een gelijkwaardig aandeel in een BV. Bij een fusie van een BV met een NV tussen een verkrijgende NV en een verdwijnende BV die stemrechtloze aandelen en/of winstrechtloze aandelen heeft uitstaan zal het nieuwe artikel 330a gelden. Dit artikel houdt in dat de stemrechtloze aandelen of winstrechtloze aandelen vervallen op het moment dat de fusie van kracht wordt. Het nieuwe artikel 334ee1 behelst verder een regeling voor de splitsing van een BV die stemrechtloze of winstloze aandelen heeft uitstaan en waarbij een NV een van de verkrijgende rechtspersonen is. Ook hier zullen conform deze nieuwe wet de stemrechtloze en winstrechtloze aandelen vervallen op het moment dat de splitsing van kracht wordt.

9. Slotsom

In het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is gepoogd de meeste bezwaren tegen het huidige BV-recht weg te nemen. Met de invoering van de wet zal er ruimte geboden worden voor maatwerk en zullen oprichters en aandeelhouders dus meer de ruimte krijgen om de BV naar wens in te richten. De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht bevat ook waarborgen om er voor te zorgen dat naast deze ruimte, de belangen van crediteuren en minderheidsaandeelhouders niet in gevaar wordt gebracht. Laten we hopen dat de wet snel in werking zal treden.

Tot slot wijzen wij de lezer erop dat de Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht met name door het wetsvoorstel Invoeringswet Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht nog aan verandering onderhevig is. De uiteindelijke wet zal hierdoor op een aantal punten nog worden gewijzigd of aangevuld en daardoor zal dit artikel op een aantal punten mogelijk onjuistheden kunnen bevatten.