

25. De flexibele BV; oprichting, aandelen zonder stemrecht en zonder winstrecht

In het voorstel van Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht worden onder andere de vereisten voor de oprichting van een BV versoepeld. Nagegaan wordt welke veranderingen er zijn en welke vereisten nog zullen gelden. Ook wordt ingegaan op de mogelijkheid tot het invoeren van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen.

1 Inleiding

In wetsvoorstel 31 058 tot wijziging van Boek 2 in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), hierna te noemen: wetsvoorstel, zullen het minimumkapitaal (thans ? 18.000), de bankverklaring voor de storting in geld (thans artikel 203a), de accountantsverklaring in geval van inbreng in natura (thans artikel 204a) en de beperking van de overdracht van aandelen (de blokkeringsregeling, thans artikel 195) als vereisten voor de oprichting van een BV komen te vervallen.

De bescherming van schuldeisers wordt in het wetsvoorstel niet langer gebaseerd op een systeem dat uitgaat van een bepaald vermogen dat in de vennootschap aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitkering aan aandeelhouders, maar berust op een systeem waarin de geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap. Daartoe wordt een uitkeringstest ingevoerd voor alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders in samenhang met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders die niet te goeder trouw waren (het voorgestelde artikel 216). Niet alleen de bank- en de accountantsverklaring worden afgeschaft maar ook de regeling inzake transacties met aandeelhouders in en na de oprichtingsfase (Nachgründung, thans artikel 204c) en de regeling inzake financiële steunverlening aan derden (thans artikel 207c).

Andere in het oog springende wijzigingen zijn genoemd in het artikel van Zaman in het voorgaande nummer van JBN (2008/20). Hieronder zal nader worden ingegaan op de veranderingen die dit wetsvoorstel brengt met betrekking tot de vereisten voor de oprichting van een BV en de mogelijkheid om stemrechtloze en winstrechtloze aandelen in te voeren. Tenzij anders blijkt, wordt hierna steeds bedoeld op artikelen uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

2 Vereisten voor de oprichting van de flexibele BV

Zoals hiervoor gemeld komen de vereisten van een minimumkapitaal van ? 18.000, alsmede de bank- en de accountantsverklaring in het wetsvoorstel te vervallen. Als vereisten voor de oprichting van een BV blijven over:

- een akte van oprichting in de Nederlandse taal verleden voor een in Nederland gevestigde notaris (artikel 175 lid 2 juncto artikel 176) (zie hierna 2.1);
- statuten (artikel 177) (zie hierna 2.2);
- een verklaring van geen bezwaar vanwege het ministerie van Justitie (artikel 175 leden 2 en 3 juncto artikel 179) (zie hierna 2.3).

De verplichting om in de statuten het maatschappelijk kapitaal te noemen komt te vervallen. Hierop en op de veranderingen met betrekking tot de stortingsplicht op aandelen zal eveneens nader worden ingegaan (zie hierna 2.4. en 2.5).

2.1 Akte van oprichting

De akte van oprichting vermeldt het bedrag van het geplaatste kapitaal en het gestorte gedeelte daarvan. Zijn er aandelen van verschillende soort, dan worden de bedragen van het geplaatste en het gestorte kapitaal uitgesplitst per soort. De akte vermeldt voorts van ieder die bij de oprichting aandelen neemt de in artikel 196 lid 2 onder b en c bedoelde gegevens met het aantal en de soort van de door hem genomen aandelen en het daarop gestorte bedrag.

Ten minste één aandeel met stemrecht moet zijn geplaatst bij een ander dan de vennootschap (nieuw artikel 175 lid 1 laatste zin).

Indien het bij de oprichting uitgegeven aandeel in een andere valuta wordt volgestort dan dat waarin het nominale bedrag van de aandelen luidt, dan zal in het slot van de akte (nog steeds) moeten worden vermeld dat storting in ander geld is toegestaan (nieuw artikel 191a lid 2). De storting moet wel in een valuta gebeuren welke vrij kan worden gewisseld in de valuta

waarin de nominale waarde van de aandelen luidt (nieuwe eerste zin van artikel 191a lid 3; zie ook hierna 2.2).

Nieuw is dat in het slot van de akte van oprichting moet worden vermeld het betalen van kosten die met de oprichting verband houden (nieuw artikel 203 lid 4). Hiermee in verband staat het komen te vervallen van de verplichting om aan het handelsregister opgave te doen van de vastgestelde en geraamde kosten die verband houden met de oprichting (artikel 108 lid 1). Het gaat bijvoorbeeld om kosten van de notaris en van juridische en fiscale advisering. In de praktijk besluit het bestuur in de meeste gevallen om de kosten na oprichting voor rekening van de vennootschap te brengen. Hiertoe dient de nieuwe mogelijkheid in het nieuwe artikel 203 lid 4 om de vennootschap in de akte van oprichting door de betaling van oprichtingskosten te verbinden. Dit ziet de wetgever als een versoepeling, omdat hierdoor een afzonderlijke bekrachtiging door het bestuur wordt voorkomen. Vanuit het oogpunt van schuldeisersbescherming is er geen wezenlijk verschil tussen oprichtingskosten en andersoortige kosten die na de oprichting ten laste van de vennootschap worden bekrachtigd. Volgens de wetgever is de meerwaarde van de informatieverplichting als bedoeld in artikel 180 lid 1 derhalve betrekkelijk. Het schrappen van deze verplichting sluit aan bij de doelstelling van dit wetsvoorstel om onnodige lasten voor het bedrijfsleven weg te nemen. De verplichting tot het opnemen in de akte van oprichting van de overeenkomst van inbreng op aandelen anders dan in geld of een verwijzing naar een daaraan in origineel of authentiek afschrift gehecht geschrift, blijft bestaan (nieuw artikel 203 lid 4 juncto artikel 204 lid 1). Volgens de wetgever volgt hieruit dat storting op aandelen in de oprichtingsfase mogelijk blijft, zij het dat niet langer is vereist dat de storting ten vroegste vijf maanden voor de oprichting heeft plaatsgevonden.

Zoals gezegd komt de accountantsverklaring terzake van de inbreng in natura te vervallen. Wel blijft bestaan de verplichting tot het opmaken van een beschrijving die door alle oprichters getekend moet worden. Het wordt verplicht om deze ten kantore van de vennootschap ter inzage te leggen voor aandeelhouders en vergadergerechtigden, onder andere certificaathouders met vergaderrecht en houders van stemrechtloze aandelen (nieuw artikel 204a).

2.2 Statuten

De statuten vermelden de naam, zetel en doel (nieuw artikel 177 lid 1) alsmede het nominale bedrag van de aandelen (nieuw artikel 178 lid 1).

Het nominale bedrag van de aandelen hoeft niet in euro te luiden, maar kan ook in een andere vrijelijk

inwisselbare valuta luiden (nieuw artikel 178 lid 2). Het nieuwe artikel 191a lid 2 opent de mogelijkheid dat de statuten bepalen dat voor de storting in een andere valuta dan de nominale waarde van de aandelen na oprichting geen toestemming van de vennootschap nodig is.

Niet langer wordt voorgeschreven dat de statuten het aantal aandelen vermelden. Ook de eis dat de vermelding van het bedrag van de aandelen moet plaatsvinden in euro tot twee decimalen achter de komma, komt te vervallen (het nieuwe artikel 178 lid 1).

De aandelen moeten op naam luiden (nieuw artikel 175 lid 1). Zijn er aandelen van verschillende soort, dan vermelden de statuten het nominale bedrag van elke soort.

Het verbod om aandeelbewijzen uit te geven komt te vervallen. In het internationale handelsverkeer zijn aandeelbewijzen een bekend verschijnsel. Voortaan kan dus worden voldaan aan verzoeken uit het buitenland om aandeelbewijzen te ontvangen. Er is volgens de wetgever voorts geen reden om de uitgifte van aandeelbewijzen te verbieden. Door uitgifte van een aandeelbewijs verandert het karakter van het aandeel niet; het blijft een recht op naam. Het aandeelbewijs is volgens de wetgever niet meer dan een stuk waarmee de aandeelhouder tegenover de vennootschap kan bewijzen dat hij aandeelhouder is.

Ook de verplichting om een blokkeringsregeling voor de overdracht van aandelen in de statuten op te nemen komt te vervallen (zie het voorgestelde artikel 195).

2.3 Verklaring van geen bezwaar

Aangekondigd is dat het vereiste van de verklaring van geen bezwaar zoals dit ook nog voor de flexibele BV geldt, bij een afzonderlijk wetsvoorstel zal worden afgeschaft (Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 4, p. 7 (Nader Rapport) en nr. 3, p. 9 (Memorie van Toelichting)). Hiervoor in de plaats zal een vorm van repressief toezicht komen.

2.4 Maatschappelijk kapitaal

In het wetsvoorstel komt de verplichting te vervallen om in de statuten een maatschappelijk kapitaal te vermelden (artikel 178 lid 1). Hetzelfde geldt voor het voorschrift dat ten minste een vijfde gedeelte van het maatschappelijk kapitaal is geplaatst (artikel 178 lid 4). Onder maatschappelijk kapitaal wordt verstaan de grens waarboven men niet zonder statutenwijziging kan overgaan tot uitgifte van aandelen. Wel is het mogelijk om in de statuten een maatschappelijk kapitaal te melden. Dit kan van belang zijn wanneer de algemene vergadering de mogelijkheid tot uitgifte van aandelen door het bestuur wil maximaleren. Indien een vennootschap in de statuten kiest voor het

opnemen van een maatschappelijk kapitaal, is het huidige artikel 231a van toepassing ingevolge welke voor een besluit tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal de meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen is vereist indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, alsmede de instemming van de groep van houders van de soort aandelen waaraan de omzetting afbreuk doet.

Neemt men geen maatschappelijk kapitaal op in de statuten, dan mogen aandelen onbeperkt uitgegeven worden.

Vanwege de afschaffing van het verplichte maatschappelijk kapitaal (artikel 178) dient de wettelijke omschrijving van het begrip aandelen te worden aangepast. Daarom wordt in artikel 190 van het wetsvoorstel bepaald dat rechten die stemrecht noch recht op uitkering van winst of reserves omvatten, niet als aandeel worden aangemerkt.

2.5 *Stortingsplicht*

In de voorgestelde regeling is een minimumkapitaal niet langer verplicht (artikel 178). De oprichters – of, bij latere uitgifte, het tot uitgifte bevoegde orgaan – bepalen de omvang van de stortingsplicht op de aandelen. De afschaffing van het minimumkapitaal heeft tot gevolg dat een BV kan worden opgericht met een zeer gering kapitaal, bijvoorbeeld één aandeel met een nominale waarde van 0,01 eurocent.

Doordat het kapitaal een zeer geringe omvang mag hebben, verliest de inbreng op de aandelen hierdoor haar functie als waarborg voor schuldeisers voor een belangrijk deel. In plaats daarvan is in het wetsvoorstel de bescherming van schuldeisers gecentreerd rondom de uitkeringstest bij alle vormen van uitkering aan aandeelhouders en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en aandeelhouders.

Het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan dienen te worden vermeld in de akte van oprichting. De thans voorgeschreven bankverklaring, waarvan in de praktijk is gebleken dat deze slechts een beperkte waarde heeft, wordt afgeschaft (artikel 203a). Hetzelfde geldt voor de regeling inzake transacties met aandeelhouders in en na de oprichtingsfase (Nachgründung, artikel 204c) en de regeling inzake financiële steunverlening aan derden (artikel 207c). Indien inbreng anders dan in geld (in natura) plaatsvindt, wordt niet langer een accountantsverklaring voorgeschreven. Wel bevat het wetsvoorstel nog enige specifieke regels ten aanzien van de waardering van inbreng in natura, waaronder een beschrijving van het bestuur en de verplichting om deze ter inzage te leggen voor aandeelhouders en certificaathouders

(artikelen 204a en 204b). Daarnaast volgt uit de jurisprudentie dat de inbreng daadwerkelijk ter beschikking van de vennootschap moet worden gesteld (HR 24 maart 2000, NJ 2000/354 en HR 11 juli 2003, NJ 2003/630).

Het verbod op inbreng van een recht op arbeid en diensten wordt gehandhaafd (artikel 191b) na aanvankelijk in het ambtelijk voorontwerp te zijn geschrapt.

De wetgever heeft in het wetsvoorstel niet gekozen voor het vereiste dat de vennootschap bij oprichting adequaat gefinancierd is of dat het eigen vermogen bij oprichting positief is. Een negatief eigen vermogen bij oprichting kan ontstaan doordat er namens de BV in oprichting verplichtingen zijn aangegaan die de vennootschap in de akte van oprichting bekrachtigt (artikel 203). Indien de vennootschap haar verplichtingen uit hoofde van de bekrachtigde rechtshandelingen niet nakomt, zijn de bestuurders op grond van artikel 203 lid 3 aansprakelijk indien zij bij het bekrachtigen van de rechtshandeling wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap de uit de rechtshandeling voortvloeiende verplichting niet zou kunnen nakomen. Gezien deze waarborg ziet de wetgever geen aanleiding om de oprichting van een BV afhankelijk te maken van de aanwezigheid van een eigen vermogen dat adequaat of niet negatief is. Bovendien zou een dergelijke eis de oprichters ervan kunnen weerhouden om gebruik te maken van de mogelijkheden die de wet opent voor handelingen namens de BV in oprichting. Dit alles neemt volgens de wetgever niet weg dat de nominale waarde van en daarmee de inbreng op de aandelen positief zal moeten zijn. Een inbreng van nihil of een inbreng met een negatieve waarde, zoals bijvoorbeeld vervuilde grond, is niet toegestaan.

In verband met de afschaffing van het minimumkapitaal wordt in artikel 180 lid 2 de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders die is gekoppeld aan het niet tijdig naleven van de minimumstortingsplicht geschrapt (het huidige onderdeel b). Ook de aansprakelijkheid die geldt zolang niet ten minste een vierde van het nominale bedrag op het bij oprichting geplaatste kapitaal is gestort, vervalt (het huidige onderdeel c).

De wettelijke bepaling dat uitstel van storting slechts mag worden verleend voor ten hoogste drie vierden van het nominale bedrag wordt geschrapt (nieuw artikel 191 lid 1). Het wordt derhalve mogelijk om overeen te komen dat de gehele stortingsplicht niet bij het nemen van het aandeel, maar op een later moment of na verloop van een bepaalde tijd wordt voldaan. Het op een aandeel gestorte bedrag dient te blijken uit het aandeelhoudersregister (artikel 194).

3 Stemrechtloze aandelen

Volgens de wetgever kan de behoefte aan stemrechtloze aandelen bijvoorbeeld bestaan wanneer aandelen zijn toegekend in het kader van werknemersparticipaties of aan externe kredietverstrekkers zoals banken. In die gevallen wordt gedeeld in de winst zonder dat directe invloed op de besluitvorming in de vennootschap nodig of wenselijk wordt geacht. Het stemrechtloze aandeel is in internationaal verband een gebruikelijke figuur en kan daarom van nut zijn voor internationale (houdster) structuren. Volgens de expertgroep onder leiding van De Kluiver kunnen vergelijkbare resultaten worden bewerkstelligd via statutaire winstrechten en certificering. In het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2006 heeft Van Duuren aangegeven dat de status van participatiebewijzen, zijnde winstrechten die statutair worden vormgegeven als een aandeel zonder stemrecht, naar huidig recht onzeker is. Ook certificering biedt in de praktijk geen bevredigend alternatief, omdat daarmee niet wordt bereikt dat op de aandelen geen stemrecht kan worden uitgeoefend. Certificering blijkt bovendien in het buitenland moeilijk uit te leggen en leidt tot relatief hoge kosten in de vorm van het instellen van een administratiekantoor (Kamerstukken II 2006-2007, nr. 3, p. 11 en 12).

De regeling van stemrechtloze aandelen is opgenomen in het voorgestelde artikel 228 lid 5, dat luidt als volgt: *“ 5. In afwijking van de leden 1 tot en met 4 kunnen de statuten bepalen dat aan aandelen geen stemrecht is verbonden. Een dergelijke regeling kan slechts worden getroffen ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht is verbonden. De aandelen worden in de statuten als stemrechtloos aangeduid. Een besluit tot wijziging van de statuten waarmee nadeel wordt toegebracht aan de rechten van houders van stemrechtloze aandelen kan niet zonder hun instemming worden genomen. Artikel 216 lid 7 is niet van toepassing op stemrechtloze aandelen.”* Door te bepalen dat het ontnemen van stemrecht voorafgaand aan de uitgifte moet plaatsvinden of na de uitgifte met instemming van alle houders van aandelen van de desbetreffende soort, wordt voorkomen dat het stemrecht tegen de wil van de aandeelhouder aan het aandeel wordt ontnomen.

Aan stemrechtloze aandelen zijn alle aandeelhoudersrechten verbonden, met uitzondering van het stemrecht. Houders van stemrechtloze aandelen hebben dus wel vergaderrecht en winstrecht. Omdat de wetgever de aandelen zonder stemrecht als alternatief ziet voor de certificering van aandelen (Kamerstukken II 2006-2007, nr. 3, p. 6) zou het mijns inziens ook mogelijk moeten zijn dat de statuten bepalen dat aan-

deelhouders zonder stemrecht al dan niet vergaderrechten hebben, zoals in het wetsvoorstel ook mogelijk zal worden ten aanzien van certificaathouders (zie het voorgestelde artikel 227 lid 2). Dit zou de flexibiliteit te goede komen, met name met betrekking tot de mogelijkheid tot het nemen van besluiten buiten vergadering door de aandeelhouders.

In het voorgestelde, al versoepelde, artikel 238 wordt namelijk de voorafgaande instemming van alle vergadergerechtigden vereist met de besluitvorming buiten vergadering. De mogelijkheid om in de statuten aandeelhouders zonder stemrecht van vergaderrechten uit te sluiten zou deze regeling nog verder versoepelen. Hiermee zou ook tegemoet gekomen kunnen worden aan de eventuele wens van een externe kredietverschaffer om wel stemrechtloze aandelen, maar geen vergaderrecht te willen.

In artikel 190 van het wetsvoorstel is bepaald dat rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, niet als aandeel worden aangemerkt. Aan een aandeel zonder stemrecht zal dus een recht op uitkering van winst of reserves verboden moeten zijn. De mogelijkheid van winstrechtloze aandelen (het voorgestelde artikel 216 lid 7) wordt daarom buiten toepassing verklaard op stemrechtloze aandelen.

Stemrechtloze aandelen zijn in beginsel uitgezonderd van de regeling inzake het voorkeursrecht (nieuw artikel 206a leden 2 en 3). Houders van stemrechtloze aandelen worden beschermd doordat het voorgestelde artikel 228 lid 5 bepaalt dat voor een statutenwijziging waarmee nadeel wordt toegebracht aan hun rechten hun instemming is vereist. Daarnaast is bepaald dat houders van stemrechtloze aandelen onder de voorwaarden van artikel 346 bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Tot slot staat voor houders van stemrechtloze aandelen de mogelijkheid open om in voorkomend geval een besluit op grond van artikel 15 door de rechter te laten vernietigen of om een kort geding aan te spannen.

Uit artikel 175 van dit wetsvoorstel vloeit voort dat ten minste één aandeel met stemrecht bij een ander dan de vennootschap moet uitstaan.

4 Aandelen zonder winstrecht

Volgens het voorgestelde artikel 216 lid 7 kan bij de statuten worden bepaald dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Voor de invoering van een statutaire regeling als hier bedoeld is ingevolge lid 8 van het voorgestelde artikel 216 de instemming vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet. Aandelen die geen winstrecht en geen recht hebben op het liquidatieoverschot kunnen bijvoorbeeld

gewenst zijn in de situatie waarin de oprichter van een familievennootschap als aandeelhouder wil meebeslissen over de gang van zaken in de vennootschap maar de winst geheel aan zijn kinderen wil doen toekomen.

De mogelijkheid om aandelen uit te sluiten van het recht op uitkeringen kan niet worden toegepast ten aanzien van stemrechtloze aandelen (nieuw artikel 228 lid 5). In het nieuwe artikel 190 is namelijk bepaald dat rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, niet als aandeel worden aangemerkt. Aan een aandeel zonder stemrecht zal dus een recht op uitkering van winst of reserves verbonden moeten zijn.

Omdat het winstrecht evenals het stemrecht een

wezenlijk onderdeel van het aandeelhouderschap vormt, is het van belang dat een statutenwijziging die afbreuk doet aan de winstrechten niet tegen de wil van de betrokken aandeelhouder kan plaatsvinden. Lid 8 van het nieuwe artikel 228 bepaalt in dit verband dat voor een besluit tot statutenwijziging als bedoeld in lid 6 of lid 7 de instemming is vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet. Door te bepalen dat instemming is vereist – en bijvoorbeeld niet een besluit met algemene stemmen van de algemene vergadering – is de bescherming eveneens van toepassing op houders van stemrechtloze aandelen.

W. Bosse