Expertmeeting inzake het bv-recht
16 december 2005

Aanwezig:

De heer drs. D.P. van den Bosch (Voorzitter, Ministerie van Justitie), mevrouw mr. B. Bier (Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht), de heer Prof. mr. H.J. de Kluiver (De Brauw Blackstone Westbroek), de heer mr. B.F.M. Knüppe (Dexia Bank Nederland), de heer mr. J.E. Missaar (NEVOA), de heer Prof. mr. L. Timmerman (Hoge Raad), de heer mr. P.F.F. de van der Schueren (AlpInvest Partners), de heer mr. R.H.W.A. Verhoeven (Nederlandse Vereniging van Banken), de heer mr. Chr. M. Stokkermans (notaris), de heer mr. W. Helmink (Ministerie van Economische Zaken), mevrouw mr. M. Meinema (Ministerie van Economische Zaken), de heer mr. F. Salomons (Ministerie van Justitie), mevrouw mr. E.D.G. Kiersch (Ministerie van Justitie), mevrouw mr. G.M. ter Huurne (Ministerie van Justitie), de heer mr. M.J.H. Langendoen (Ministerie van Justitie), mevrouw mr. V.M. Segers (verslag).

Doel van de expertmeeting

Vandaag wordt gesproken over de uitgangspunten van de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht. Aan de hand van een viertal stellingen zal worden gediscussieerd over het wetsontwerp. Elke stelling zal eerst nader worden toegelicht door een inleider, waarna de discussie zal plaatsvinden.

Algemene inleiding door de heer Langendoen en mevrouw Meinema

De heer Langendoen schetst de achtergrond met betrekking tot de eerste tranche van het wetsvoorstel. Hij noemt kort een paar onderdelen die in deze tranche verwerkt zijn. Ingrijpend is zijns inzien het flexibel stemrecht. Het wordt mogelijk om in de statuten op te nemen dat een bepaald aandeel 1000 stemmen vertegenwoordigt en dat een ander aandeel 1 stem vertegenwoordigt. Hierbij speelt de vraag hoe de toenemende flexibiliteit zal uitpakken en of de wetgever hierin ver genoeg of wellicht te ver doorschiet. Aan de hand van stelling 1 en 2 zal deze problematiek besproken worden.

Mevrouw Meinema schetst de achtergrond met betrekking tot de tweede tranche van het wetsontwerp. Het gaat in deze tranche om het vinden van een evenwicht tussen enerzijds meer vrijheid van inrichting en anderzijds de bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders. De vraag is of de wetgeving (minderheids)aandeelhouders vooral in staat moet stellen zelf afspraken te maken en die in rechte te kunnen afdwingen of dat de wet minderheidsaandeelhouders extra bescherming moet bieden. De tweede tranche voorziet in beide: enerzijds biedt het voorontwerp meer flexibiliteit voor aandeelhouders om de statuten vorm te geven gepaard met een voorstel voor een effectievere geschillenregeling, anderzijds biedt de tweede tranche minderheidsaandeelhouders extra bescherming. Allereerst bescherming vooraf: minderheidsaandeelhouders worden daarbij beschermd door het vereiste van twee derden van de uitgebrachte stemmen. Het belang van minderheidsaandeelhouders wordt, naast de verhoging van de drempel voor statutenwijziging, gewaarborgd door bescherming achteraf. Aandeelhouders kunnen zich wenden tot de rechter teneinde het besluit te laten vernietigen wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid en hebben de mogelijkheid

om via de geschillenregeling uit de vennootschap te treden indien de statutenwijziging tot gevolg heeft dat het voortduren van hun aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden gevergd. Deze onderwerpen zullen aan de orde komen bij stelling 3.

De heer Langendoen schetst de stand van zaken met betrekking tot de derde tranche van het wetsontwerp. Deze tranche is nog niet gepubliceerd. Hij geeft aan dat er bij deze tranche gebruik wordt gemaakt van de aanbevelingen van de expertgroep onder leiding van Prof. mr. H.J. de Kluiver en van het onderzoek van mr. J.N. Schutte-Veenstra, Prof. mr. M.L. Lennarts en mr. H.E. Boschma. De grote lijnen inzake de kapitaalbescherming waar het departement aan denkt zijn de volgende. Allereerst de afschaffing van het verplichte minimumkapitaal. Men bepaalt zelf de stortingsplicht op de aandelen, hetgeen dus zou kunnen leiden tot een kapitaal van 1 eurocent. Voorts zou de wet kunnen voorschrijven dat als men een bepaalde storting afspreekt, die storting ook daadwerkelijk ten goede moet komen aan de vennootschap. De bankverklaring zou in dat systeem kunnen vervallen. De bescherming van schuldeisers zal een ander karakter krijgen. Er zal niet langer worden uitgegaan van een bepaald kapitaal dat in de vennootschap aanwezig is maar van een systeem waarin de toelaatbaarheid van uitkeringen wordt gekoppeld aan de vermogenspositie van de vennootschap. Dat kan een liquiditeitstest zijn of een balanstest of een combinatie daarvan. Die test zou dan voor alle vormen van uitkeringen kunnen worden voorgeschreven.

Het nieuwe systeem kan dus ook leiden tot nieuwe formaliteiten. De vraag is wat acceptabel is als het wordt afgezet tegen de noodzaak van schuldeisersbescherming. De sanctie bij onzorgvuldige uitvoering van de test zou kunnen liggen in de aansprakelijkheid van bestuurders en eventueel ook in de aansprakelijkheid van de aandeelhouders. Daar komt nog een vraag bij. Als niet langer wordt uitgegaan van een minimumkapitaal, kan men zich afvragen of er nog een functie is voor de begrippen geplaatst kapitaal en maatschappelijk kapitaal. Zou het wellicht logisch zijn om in een systeem zonder minimumkapitaal en met een liquiditeits- of balanstest de verplichte nominale waarde van aandelen af te schaffen? De BV heeft dan een eigen vermogen dat is verdeeld in aandelen. Men heeft bijvoorbeeld recht op 1/10 van het eigen vermogen. Het wettelijk kapitaalbegrip en alles wat daarmee samenhangt kan daar tussenuit worden getrokken. De afschaffing van de verplichte nominale waarde is in technisch opzicht ingrijpend. Zal de extra inspanning van die operatie uiteindelijk opwegen tegen de voordelen van de figuur van de No Par Value Share? Dit onderwerp zal aan de orde komen bij stelling 4.

<u>Stelling 1</u>: Flexibilisering van het bv-recht leidt in de praktijk niet tot vereenvoudiging van het bv-recht.

Inleider: Prof. mr. L. Timmerman

Inleiding
De heer Timmerman is het in redelijke mate met deze stelling eens. Het moeilijke van vereenvoudiging is dat het schrappen van wettelijke regels tot vereenvoudiging lijkt te leiden, maar is dat ook echt zo? Er worden twee punten aangehaald. Het is de bedoeling om meer vrijheid te realiseren in het vennootschapsrecht, maar om de vrijheid te waarborgen zijn juist regels nodig. De geschillenregeling wordt bijvoorbeeld niet alleen eenvoudiger maar ook complexer op het punt van de afgeleide schade en de prijsvaststelling. Voorts denkt men bij het invoeren van een wettelijke regeling dat met de regeling problemen worden opgelost. Indien regels geschrapt worden, is de regel weg, maar het probleem blijft. Het probleem zal

verschuiven naar bijvoorbeeld de rechterlijke macht. Dit zal vooral problemen geven bij minderheidsbescherming en crediteurenbescherming. De heer Timmerman is voor vereenvoudiging en flexibilisering, maar is er niet van overtuigd dat het ook daadwerkelijk tot vereenvoudiging zal leiden. Het probleem zal verschuiven naar de rechterlijke macht en het zal enige tijd duren (jurisprudentie) voordat er oplossingen zijn gevonden.

Opgemerkt wordt dat de eis van 2/3 meerderheid vanuit een oogpunt van contractsvrijheid niet gelukkig is. Er wordt gepleit voor meer contractsvrijheid: een combinatie van modelstatuten en een overeenkomst. Aangegeven wordt dat met name de blokkeringsregeling voor aandeelhouders zou kunnen leiden tot veel procedures. Voorts wordt aangegeven dat er weinig flexibiliteit is bij de regeling met betrekking tot het uittreden van aandeelhouders.

Vervolgens wordt aangegeven dat het niet gaat om minimalisering van het aantal regels, maar om het bieden van optimale contractsvrijheid in het vennootschapsrecht. Het uitgangspunt dient contractsvrijheid te zijn. In de onderdelen van de regeling waar geen sprake is van contractvrijheid dient dit zeer goed te worden onderbouwd. Er wordt aangegeven dat met betrekking tot de contractsvrijheid de verplichting van de wetgever niet alleen naar de rechterlijke macht verschuift, maar ook naar de praktijk. De praktijk zal veel moeten oplossen door middel van alternatieve regelingen.

Opgemerkt wordt dat er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen verschillende soorten bv's. Er moet een mogelijkheid komen om te kiezen voor een soort "basis-bv". In dit geval wordt de wet gevolgd. De basis staat in de wet en naast de basis staan de statuten (bijvoorbeeld "het is…, tenzij de statuten anders bepalen"). Het is echter essentieel dat er van een aantal regels niet kan worden afgeweken. Er wordt geopperd om standaardstatuten voor een eenvoudige bv te maken in verband met de complexiteit voor mensen die niet thuis zijn in de juridische wereld. Aangegeven wordt dat er in de praktijk reeds standaardstatuten zijn en dat dat systeem goed werkt. Voorts wordt opgemerkt dat het belangrijk is dat de regeling voor een kleine bv simpel is. Mensen moeten weten waar ze aan toe zijn. In het buitenland is het momenteel reeds lastig uit te leggen hoe het Nederlandse bv-recht werkt.

<u>Stelling 2</u>: Als gevolg van de wijzigingen in het bv-recht vervalt de noodzaak tot invoering van een limited liability partnership in het Nederlandse recht.

Inleiding
Als startpunt voor de discussie wordt verdedigd dat de LLP niet noodzakelijk is. Binnen het nieuwe systeem voor de bv worden de wensen van de LLP-gebruikers geregeld. Er dienen wel waarborgen te worden opgenomen om misbruik van de beperkte aansprakelijkheid te voorkomen.

Het grote verschil tussen een LLP en een bv is de fiscale transparantie. Een LLP is fiscaal transparant en een bv niet. Er bestaan ook jaarrekeningtechnische verschillen. Iemand kan uit een LLP stappen tegen een vergoeding, hij wordt uitgekocht. Bij de bv is dit niet het geval. De LLP is een combinatie van een personen- en een kapitaalvennootschap. De vennoten zijn niet hoofdelijk aansprakelijk, maar zijn aansprakelijk tot hun inbreng. Verwacht wordt dat een LLP fiscaal dezelfde behandeling zou krijgen als de bv. Sommigen geven aan toch een markt te zien voor de LLP. De LLP is in het bijzonder van belang voor internationale dienstverleners. Het probleem zou wellicht zijn opgelost als men kan kiezen tussen een fiscaal-transparante en een niet fiscaal-transparante bv. Opgemerkt wordt dat het probleem

wellicht zou worden opgelost indien aan de openbare vennootschap beperkte aansprakelijkheid wordt toegekend. Een aantal aanwezigen deelt deze mening niet. Opgemerkt wordt dat dit een onvolledig beeld geeft van de problematiek. Bij een rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid ontkom je niet aan de vraag hoe je misbruik tegengaat. Er zal toch een vorm van aansprakelijkheid moeten zijn bij misbruik. De keuze tussen een bv en een personenvennootschap is een keuze tussen jaarrekeningplicht en aansprakelijkheid. Aangegeven wordt dat vanuit het MKB zelden de wens tot invoering van een LLP komt.

Stelling 3: De minderheidsaandeelhouder kan zijn belangen heel goed zelf behartigen.

Inleider: Prof. mr. H.J. de Kluiver

Inleiding
De heer de Kluiver kan deze stelling niet onderschrijven. Er dient bij deze stelling een onderscheid te worden gemaakt tussen het opzetten van een onderneming en het reeds draaien van een onderneming. Indien een onderneming wordt opgezet kan de stelling worden onderschreven. Draait de onderneming al dan krijgt de stelling minder kracht.
Er is sprake van een fundamenteel dilemma. Het is namelijk niet de bedoeling dat minderheidsaandeelhouders door regels te véél macht krijgen. Momenteel geschiedt de waardering van aandelen door deskundigen. De heer de Kluiver adviseert een verdere uitwerking van de waardering van aandelen in het wetsvoorstel op te nemen. De in het ontwerp opgenomen prijsbepaling door deskundigen is te rigide. Partijen moeten kunnen bepalen hoe ze uittreden en tegen welke prijs (vergelijk: Hofman-zaak).

Genoemd wordt dat de afschaffing van de blokkeringsregeling de bv als rechtsvorm aantrekkelijker kan maken voor beleggingsinstellingen. Wederom geeft één van de aanwezigen aan dat het uitgangspunt vrijheid moet zijn, de statuten moeten kunnen worden ingericht zoals men dat zelf wil. Als de statuten niets regelen dient de wet het bepaalde onderdeel te regelen. Ten aanzien van extra verplichtingen zou bijvoorbeeld moeten gelden dat je deze alleen kan invoeren als de statuten dat bepalen: "…kan niet, tenzij de statuten bepalen dat….". Opgemerkt wordt dat er situaties zijn waarin de minderheidsaandeelhouder moet kunnen verlangen dat er een deskundigenrapport wordt opgesteld, bijvoorbeeld voor inbreng in natura. De exit-regeling is voor die gevallen een te radicale oplossing. Als alternatief wordt gewezen op transparantie van inbreng in natura. Tevens wordt aangegeven dat indien er aansprakelijkheid gecreëerd wordt, men vanzelf voorzichtiger zal opereren.

Aangegeven wordt dat aandeelhouders macht hebben in een vennootschap en dat derden dat niet hebben. Derhalve dient er kritischer te worden gekeken naar transacties tussen aandeelhouders en de vennootschap dan naar derden die transacties verrichten met de vennootschap. Deze transacties zijn niet te vergelijken. Aandeelhouders zitten in de vennootschap en kunnen bestuurders dwingen tot iets, een derde kan dat niet.

De liquiditeitstoets en de vermogenstoets zijn niet praktisch voor kleine ondernemingen, zij moeten adviseurs in huis halen. Deze toetsen zijn nog niet voldoende uitgewerkt. Voorts zal het mensen afschrikken om in Nederland een onderneming op te richten. Tevens zegt de vermogenstoets weinig. Er wordt gekeken naar de vrije kasstroom. Wat is de relevante datum voor een kasstroomoverzicht?

Een van de aanwezigen geeft aan dat de aansprakelijkheid van bestuurders zoveel mogelijk dient te worden beperkt.

Voor kleinere bedrijven zou preventieve bescherming voordeliger zijn en niet achteraf, aangezien dit erg kostbaar is. In de praktijk ziet men de tendens dat proceskosten steeds hoger oplopen. Er wordt getwijfeld over de oplossing van het wetsontwerp in de tweede tranche. Er dient een keuze te worden gemaakt tussen bescherming vooraf en bescherming achteraf. Deze keuze zal hoe dan ook kritiek oproepen.

Stelling 4: Kapitaalbescherming is een rituele dans en kan geheel worden afgeschaft.

Inleider: mevrouw mr. B Bier

Inleiding
Mevrouw Bier vindt dat deze stelling dient te worden genuanceerd. Indien regels van kapitaalbescherming zouden wegvallen, blijft de vraag hoe crediteuren worden beschermd tegen bijvoorbeeld te hoge uitkeringen. In de literatuur wordt wel geopperd om de bescherming over te laten aan partijen, door middel van het opnemen van bepaalde clausules in contracten. Men komt dan overeen dat de debiteur geen uitkeringen mag doen boven een bepaald bedrag of zonder goedkeuring van de crediteur. Ook wordt in dergelijke gevallen wel overeengekomen dat de debiteur een bepaald eigen vermogen moet aanhouden, op straffe van het opeisbaar worden van de vordering. De vraag is welk systeem van bescherming effectiever is en of bescherming door middel van contracten niet tot hogere kosten zullen leiden. Daarnaast is niet elke crediteur in de positie om dergelijke voorwaarden te bedingen. Vandaar dat vaak de voorkeur uitgaat naar (een zekere) bescherming van crediteuren in de wet. De grote vraag is echter hoe de wet dat op een effectieve manier zou kunnen doen. Het huidige systeem werkt niet optimaal. Het besteedt geen aandacht aan de situatie van de vennootschap op het moment van uitkering, doch eist voor de toelaatbaarheid van een uitkering een balanstest die betrekking heeft op een moment in het verleden, de vastgestelde jaarrekening. Gezien de huidige wetgeving kan behoorlijk wat tijd zitten tussen de balansdatum en de uitkering, hetgeen de effectiviteit van de bescherming niet ten goede komt. Eigenlijk is voor het hele vraagstuk van kapitaalbescherming slechts één vraag relevant: kan de vennootschap na een uitkering nog aan haar verplichtingen voldoen? Een andere vraag is of de wet daarvoor een test dient voor te schrijven, bijvoorbeeld een solvabiliteitstest. Het probleem van dergelijke testen is dat ze beïnvloedbaar zijn.
In feite zal het faillissement van een vennootschap aangeven dat de vennootschap niet in staat is om haar schulden te voldoen. Tot dat moment biedt onze wet genoeg middelen om een crediteur in staat te stellen zijn vordering te verhalen. Zou voorafgaande aan een faillissement een uitkering gedaan zijn, dan is de vraag wat de gevolgen hiervan zouden moeten zijn. Men zou zich kunnen voorstellen dat in een dergelijk geval niet alleen eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders wordt geregeld, maar ook te bepalen dat aandeelhouders de ontvangen uitkering aan de vennootschap dienen terug te betalen. Zij zijn immers degenen die door de uitkering verrijkt zijn.
Een ander aspect van kapitaalbescherming betreft de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Zij dienen beschermd te worden tegen opportunistisch gedrag van een meerderheidsaandeelhouder. Mevrouw Bier meent dat het recht aan de minderheidsaandeelhouder een middel dient te bieden om zelf in het geweer te komen indien bijvoorbeeld een inbreng in natura heeft plaatsgevonden waaraan een te hoge waarde is

toegekend. De huidige wetgeving biedt onvoldoende mogelijkheden aan een minderheidsaandeelhouder om hier iets aan te doen.

Plenair wordt de invoering van een wettelijke toets voor het doen van een uitkering besproken. Gevreesd wordt dat de toets meer complexiteit met zich zal brengen. Sommigen geven aan tegen de solvabiliteitstest en de liquiditeitstest te zijn, aangezien het veel geld kost. Aangegeven wordt dat het van belang is dat de transparantie en de snelheid van de cijfers voorop staan. Dit is niet alleen in het belang van de aandeelhouders, maar met name ook van de crediteuren. De mogelijkheid om de jaarrekening pas na lange tijd vast te stellen en de mogelijkheid te bieden om 13 maanden te wachten met de publicatie van de cijfers, is achterhaald. Er wordt een termijn van 5 maanden voorgesteld. De rol van de jaarrekening als middel om crediteuren te informeren over de toestand van de vennootschap pleit ervoor om de mogelijkheid van publicatie van een verkorte balans af te schaffen.

Voorts wordt opgemerkt dat de huidige wet niet prikkelt om na te denken over de gevolgen van een uitkering. Dit dient te worden opgelost in de praktijk. Voorbeelden uit de rechtspraak laten zien dat naast de balans ook naar andere omstandigheden gekeken zal moeten worden voor de bepaling of een uitkering geoorloofd is. Te denken valt bijvoorbeeld aan de toets dat men niet de voor de schuldeisers benodigde reserves door uitkeringen teniet mag doen (NIMOX/Auditrade-arrest).
Ook bestuurders moeten weten wanneer een onderneming een uitkering niet kan dragen. Er dient dan niet meegewerkt te worden aan een uitkering. Bestuurders dienen bewust te worden gemaakt van de gevolgen van hun handelen. Sommigen geven aan dat dit kan worden gestimuleerd met wetgeving. Het is de verantwoordelijkheid van de bestuurder en die moet zich kunnen disculperen. Documenteren hiervan is nadelig voor het MKB. De meeste aanwezigen kunnen zich vinden in een systeem dat uitgaat van een liquiditeits- of balanstest. De wet zou dan wel duidelijke richtlijnen voor bestuurders moeten geven om aan te geven wat er verwacht wordt van een bestuurder indien hij overgaat tot uitkering. Er dient te worden gezocht naar een test die aansluit bij de economische werkelijkheid. Dit ontbreekt in de huidige wet.

Vanuit het Ministerie wordt opgemerkt dat de aansprakelijkheid in de Revised Model Business Corporations Act ook wordt begrensd. Dit is na te lezen in het onderzoek uit Groningen. De vrees voor aansprakelijkheid behoeft misschien niet erg groot te zijn als men bedenkt dat bestuurders thans op grond van jurisprudentie ook aansprakelijk kunnen zijn voor uitkeringen die de belangen van de schuldeisers schaden. De wettelijke regels voor kapitaalbescherming zijn op dit punt deels achterhaald door de economische werkelijkheid.

Afsluitende ronde

Alle aanwezigen hebben waardering voor het project. Aangegeven wordt dat de vaart er in dient te worden gehouden. Daarna zou er verder kunnen worden nagedacht over andere onderdelen van het vennootschapsrecht. De geschillenregeling moet sneller. Snel en goedkoop is van belang voor de praktijk. Voorts wordt opgemerkt dat er in de praktijk veel enthousiasme is voor het project. Voor de bevordering van de ondernemingspraktijk is het van belang dat het wetsontwerp snel wordt gerealiseerd. Benadrukt wordt dat de praktijk behoefte heeft aan stemrechtloze aandelen. Er wordt aandacht gevraagd voor de aandelenlevering bij de notaris: het MKB wil graag dat dit makkelijker kan. Voor het MKB is voorts van belang dat de adviseurskosten betaalbaar blijven. Voorts is het van belang dat geschillen niet

escaleren, bijvoorbeeld door middel van mediation. Opgemerkt wordt dat de tegenstrijdig belang regeling voor banken in de praktijk moeilijk blijkt te werken en veel weerstand bij bestuurders en andere betrokkenen ontmoet. Gezien de mogelijkheid om het tegenstrijdig belang weg te contracteren, schiet de huidige interpretatie haar doel voorbij. Hier ligt een kans voor vereenvoudiging, waar de praktijk behoefte aan heeft. Het zou mogelijk moeten zijn om in de statuten een algemene bepaling op te nemen die het bestuur de bevoegdheid geeft preferente aandelen te creëren en daarvoor de voorwaarden vast te stellen, zonder dat aantal, soort en voorwaarden van die preferente aandelen tevoren in detail in de statuten moeten zijn opgenomen.

Afsluiting

De heer Van den Bosch bedankt de aanwezigen voor hun bijdrage en sluit de expertmeeting.