



Ministerie van Justitie  
De heer mr. drs. M.J.H. Langendoen

Nieuwegein, 26 juni 2006

Onderwerp : commentaar op het ambtelijk voorontwerp tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (3<sup>e</sup> tranche).

Weledelgestrenge heer Langendoen,

Hierbij bieden wij u het commentaar aan namens de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (NeVOA) op het ambtelijk voorontwerp tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (3<sup>e</sup> tranche).

Uiteraard houden wij ons gaarne beschikbaar voor nader overleg of een nadere toelichting op dat commentaar.

Met vriendelijke groet,

mr. J.E. Missaar,  
mevrouw mr. T. Viragh en  
mr. H. ter Horst  
Commissie Vaktechniek NeVOA

## Commentaar op het ambtelijk voorontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

### Derde tranche

#### Inleiding

De Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (NeVOA) wenst ook graag te participeren in de consultatie met betrekking tot de derde tranche van het Voorontwerp.

Daarbij is dit commentaar van NeVOA voor bepaalde onderdelen in samenspraak met de Commissie Vaktechniek Accountancy van de SRA tot stand gekomen. SRA is een organisatie waarin 370 accountantskantoren samenwerken. In casu dankt NeVOA specifiek prof. dr. mr. P.A. van der Zanden RA voor diens vakinhoudelijke bijdrage met betrekking tot onderdelen VIII. en XI. van dit commentaar.

NeVOA laat de notitie van het Ministerie van Justitie aangaande aandelen zonder nominale waarde buiten beschouwing, nu de voorgestelde wijzigingen haar inziens de praktijk in voldoende mate tegemoet komen.

#### Artikelsgewijs commentaar

##### I. Artikel 2:175 lid 1 BW

#### **Algemeen**

Op pagina 2 van de memorie van toelichting bij het ambtelijke voorontwerp wordt de indruk gewekt alsof zou worden voortgebouwd op keuzes die zijn gemaakt in de voorontwerpen van de eerste en tweede tranche, zonder daarbij acht te slaan op commentaren. In de tweede tranche werd een nieuw eerste lid van artikel 175 geïntroduceerd. In de derde tranche wordt ten aanzien van hetzelfde lid opnieuw een tekstvoorstel gedaan. Dat tekstvoorstel blijkt inhoudelijk anders te zijn dan het tekstvoorstel zoals dat voorkwam in de tweede tranche. Het antwoord op de vraag waarom het tekstvoorstel van de derde tranche ten opzichte van de tweede is gewijzigd vindt men niet in de toelichting. Welke verschillen zijn waar te nemen tussen tweede en derde tranche.

#### **Aandeelbewijs**

Anders dan in de tweede tranche wordt in de derde de mogelijkheid geopend bewijzen van aandelen uit te geven, ter bevordering van het internationale handelsverkeer. Beoogd wordt voor de B.V. om een nieuw verhandelbaar stuk te creëren naast certificaten van aandelen op naam die, tenzij anders overeengekomen, vrij "overdraagbaar" zijn.

NeVOA is in dat verband benieuwd naar de vereisten om te komen tot overdracht. Wellicht dient in dat licht dan tevens de verhandelbaarheid van rechten tot het nemen van aandelen (opties) te worden heroverwogen. Dat wilsrecht is thans nog niet overdraagbaar omdat daarvoor géén wettelijke grondslag bestaat. Een wijziging van artikel 206a wordt evenwel niet voorbereid. Werd het verbod tot uitgifte van aandeelbewijzen in de tweede tranche nog verdedigd om de beslotenheid van de rechtspersoon te karakteriseren, thans is dat kennelijk niet langer het geval. De toegevoegde waarde van de uitgifte van aandeelbewijzen voor het internationale handelsverkeer is NeVOA voorshands zonder nadere toelichting niet duidelijk.

Voorals men zich realiseert dat voor levering van het aandeel zelf nog steeds notariële tussenkomst is vereist. De notaris dient zich bij levering van het aandeel te vergewissen van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Deze zal daartoe een titelonderzoek verrichten. Het aandeelbewijs kan daarbij, anders dan doorgaans de notariële akte van levering, géén legitimerende rol spelen. NeVOA heeft in haar commentaar op het ambtelijke wetsvoorstel in de tweede tranche bepleit om de rol van de notaris bij de levering van aandelen in een B.V. kritisch te bezien. Daar verdedigde zij het verval van de notariële bijdrage aan de levering met de vervaging van het onderscheid tussen N.V. en B.V., door het wegvallen van de verplichte blokkeringsregeling en het argument van de commissie vennootschapsrecht om het verbod van verhandelbaarheid van aandelen via een beurs niet op te nemen in de tekst van het artikel 175 lid 1. Volgens de commissie dient aan beursautoriteiten te worden overgelaten om te regelen of aandelen in een B.V. verhandelbaar zijn.

De vereenvoudigde verhandelbaarheid van aandelen/aandeebewijzen in het internationale (rechts)verkeer komt daar nu als argument bij.

### **Overdraagbaarheid**

De overdraagbaarheid van aandelen in een B.V. keert niet terug in de tekst van artikel 175 lid 1. De Memorie van Toelichting laat ook hier in het midden waarom de overdraagbaarheid niet terugkeert. Dient uit de tekst van het voorgestelde artikel 195 lid 1 te worden afgeleid dat uit beperking of tijdelijke uitsluiting de overdraagbaarheid principieel volgt? Wordt daardoor opnieuw de vraag actueel of overdracht in strijd met de blokkeringsregeling leidt tot non-existentie dan wel tot overdracht zonder dat aan alle elementen van artikel 84, lid 1, Boek 3 BW is voldaan? In het eerste geval heeft het inroepen van een bepaling van derdenbescherming géén effect terwijl dat in het tweede geval niet op voorhand vaststaat. Het wordt meer van belang voor een verkrijger van aandelen goed te onderzoeken of een blokkeringsregeling geldt door onderzoek in het Handelsregister. Bovendien kunnen blokkeringsregelingen sterk variëren en kunnen zij zijn opgenomen in aandeelhoudersovereenkomsten. NeVOA is daarom voorstander van de gedachte om in de Memorie van Toelichting aan de gevolgen van overdracht in strijd met de statutaire blokkeringsregeling aandacht te schenken zoals ook in de Memorie van Toelichting bij de tweede tranche is gebeurd.

### **Aandelen op naam**

Door het verbod aandeebewijzen uit te geven wordt het besloten karakter van de vennootschap enkel nog verdedigd door uitgifte van aandelen op naam. Hoewel uit het tekstvoorstel in de derde tranche dat niet langer blijkt, laat de Memorie van Toelichting over karakter van de aandelen van een B.V. géén enkel misverstand bestaan. De vennootschap mag daardoor weliswaar haar aandeelhouders kennen - aan de formele vereisten voor levering van aandelen wordt, zoals nu, nog vastgehouden - maar de kring van aandeelhouders is allang niet meer beperkt tot de familiesfeer waarvoor de B.V., in het midden- en kleinbedrijf, ooit was bedoeld. Van het besloten karakter van de B.V. blijft, als wezenskenmerk, dan ook weinig over. NeVOA bepleitte daarom eerder het schrappen van het woord "besloten" in het opschrift van titel 5 van Boek 2.

### **Bij oprichting tenminste één aandeel plaatsen bij een derde**

Nieuw in de tekst van artikel 175 lid 1 is dat bij oprichting tenminste één aandeel behoort te worden uitgegeven aan een derde. Die toevoeging is echter misleidend. Zij veronderstelt namelijk dat bij oprichting aandelen kunnen worden uitgegeven aan de besloten vennootschap zolang een derde maar mede participeert in haar kapitaal. Dat is in strijd met artikel 205. In artikel 205 wordt namelijk bepaald dat de vennootschap géén aandelen in haar eigen kapitaal mag nemen. Dus ook niet bij oprichting. Wijziging of verval van artikel 205 wordt in géén van de tranches van het ambtelijke voorontwerp voorgesteld. Er doemen bovendien allerlei juridisch technische problemen op. Met andere woorden: indien artikel 205 ongewijzigd blijft, is het discutabel of (bij oprichting als ook daarna) aandelen anders dan bij derden (lees: bij de vennootschap) kunnen worden geplaatst.

Zo vraagt NeVOA zich af op welke wijze de vennootschap praktisch gezien kan voldoen aan haar stortingsplicht. De laatste zin van artikel 175 lid 1 kan daarom beter vervallen.

### II. Artikel 2:178 BW

De dit artikel voorgestelde wijzigen vloeien voort uit de afschaffing van het minimumkapitaal. Nevoa kan zich vinden in de voorgestelde wijzigingen.

### III. Artikel 2:180 BW

In het concept artikel wordt nog steeds vastgehouden aan het niet in overeenstemming met de praktijk zijnde uitgangspunt, waarin bestuurders zelf zorgdragen voor de eerste inschrijving ter handelsregister, althans van het uitgangspunt dat bestuurders daarop kennelijk grote invloed uitoefenen. In de praktijk initieert de notaris deze inschrijving, en ontgaat het de bestuurders vaak dat er een sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid staat op rechtshandelingen die worden verricht op het moment dat de eerste inschrijving nog niet heeft plaatsgevonden.

NeVOA pleit er dan ook voor, dat deze sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de bestuurders komt te vervallen, en dat het enkele feit van het passeren van de akte van oprichting door de notaris voor bestuurders voldoende is om – althans zonder de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid - rechtshandelingen namens de vennootschap te kunnen verrichten, waarbij ook deze rechtshandelingen weer ex-post getoetst kunnen worden, zoals dat in lijn met het voorontwerp ook op andere onderwerpen wordt opgevoerd.

#### IV. Artikel 2:181 BW

NeVOA merkt graag op, dat naar haar mening in lid 1 van artikel 2:181 BW eerst de naamloze vennootschap in de opsomming dient te worden opgenomen, alvorens daarnaar in lid 2 tweede volzin (oud) te kunnen verwijzen.

#### V. Artikel 2:182 BW

Dezelfde opmerking als hierboven gemaakt met betrekking tot lid 1 van artikel 2:181 BW wordt gemaakt ten aanzien van lid 1 van artikel 2:182 BW.

Verder is het wellicht voor de duidelijkheid goed om in dit artikel aan te geven, dat de genoemde handelingen namens de vennootschap door de bestuurders dienen te worden verricht.

De memorie van toelichting meldt, dat de liquiditeitstest als bedoeld in artikel 2:216 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op artikel 2:182 BW. In de redactie van het artikel komt dat echter niet tot uiting, maar wordt er gesproken over “de vermogenstoestand” van de vennootschap. Wellicht zou dat nog verduidelijkt kunnen worden in de redactie van het artikel.

#### VI. Artikel 2:183 BW

Het valt op, dat de deskundigenverklaring in artikel 2:183 BW is komen te vervallen. De motivatie in de memorie van toelichting hiervoor is, dat er geen minimumkapitaaleisen meer zijn, en ook geen volstortingsverplichting voor een gedeelte van de nominale waarde van een aandeel, zodat het nut van zo’n verklaring komt te vervallen.

NeVOA vraagt zich af of dat standpunt juist is. Immers, voor de bepaling van het vermogen van de omgezette vennootschap in het kader van allerlei terugbetalingen van kapitaal krachtens inkoop, dividend en soortgelijke handelingen, is de vermogenspositie van de omgezette vennootschap wel degelijk van belang voor eventuele uitkeringen daarna. Een accountantsverklaring zal daarbij ons inziens nog immer goede diensten kunnen verlenen.

## VII. Artikel 2:191 BW

De Minister vraagt of er aanleiding is om de verplichting te schrappen dat bij het nemen van het aandeel ten minste 1/4 deel van het nominale bedrag moet worden gestort, hetgeen uitstel van de gehele stortingsplicht mogelijk zou maken.

Aangezien in art. 191b de inbreng van werk of diensten wordt geïntroduceerd is NeVOA van mening dat uitstel van de gehele stortingsplicht voordelen biedt. Het werk of de diensten kunnen dan na oprichting plaatsvinden cq. worden geleverd.

Zie overigens voor wat betreft de houdbaarheid van een dergelijke inbreng onderdeel VIII.

Het bezwaar van de Expertgroep tegen het schrappen van het verbod vanwege de problemen die kunnen ontstaan als de inbrengende aandeelhouder de stortingsverplichting niet nakomt, kan in de praktijk wellicht worden opgelost door in de statuten te bepalen dat de inbreng binnen een bepaalde termijn dient te geschieden, waarna het bestuur de waarde van de inbreng in geld kan vorderen.

## VIII. Artikel 2:191b lid 1 BW

Met betrekking tot het commentaar op dit artikel is specifiek gebruik gemaakt van een nog te publiceren artikel als geschreven door prof. dr. Mr. P.A. van der Zanden RA voornoemd ten behoeve van WPNR, onder de naam "Het nieuwe kapitaalbeschermingsrecht vanuit accountancy perspectief".

In het voorontwerp wordt voorgesteld het verbod op de inbreng van arbeid en diensten op te heffen. Wil men echter kapitaal in willen brengen, dan zal ten minste sprake moeten zijn van een actief. De definitie door de IASB van een actief luidt als volgt:

'An *asset* is a resource controlled by the entity as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the entity'.

Over (toegezegde) arbeid of diensten kan geen beschikkingsmacht (control) worden uitgeoefend. Het recht is ook, bij een eventueel faillissement, niet te executeren ten behoeve van de derden die onbetaald blijven. Overigens wordt ook in de ontwerpmemorie van toelichting in feite, en waarschijnlijk onbedoeld, aan het probleem gerefereerd. Op blz. 17 wordt gesteld: ' Daarbij is aangegeven dat het vooral bij niet-volgroeiende bedrijven in innovatieve sectoren wenselijk kan zijn om op deze wijze aan oprichters of medewerkers een aandeel in de (mede door de inbreng van die arbeid of diensten **gevormde**) waarde van de onderneming toe te kennen'. (*Bold, PvdZ*). De wetgever erkent derhalve dat de waarde wordt gecreëerd door het verrichten van de arbeid en niet door de belofte arbeid te zullen verrichten.

Overigens blijkt de onjuiste opvatting ook uit het feit dat er een verband wordt gelegd tussen de inbreng van arbeid enerzijds en goodwill en know how anderzijds. Dit verband is er slechts ten aanzien van persoonlijke goodwill.

Goodwill in de gebruikelijke zin van het woord is de toegevoegde waarde die kleeft aan een samenstel van bedrijfsmiddelen dat door organisatie een onderneming vormt. De goodwill zit verankerd in dit geheel. Ook wel wordt gesproken van de toekomstige winstpotentie. Het heeft als zodanig niets met arbeid te maken en kan slechts binnen het kader van een geheel van samenhangende (georganiseerde) activiteiten worden ingebracht. Know how is de unieke kennis die men bezit en die los van een persoon in het economisch verkeer overdraagbaar is.

De persoonlijke goodwill is de unieke kennis of vaardigheid die een persoon bezit en die hem of haar in staat stelt meer inkomen te genereren dan een ander in gelijke omstandigheden. Deze eigenschap is zo met de persoon "verkleeft" dat deze daarvan niet is los te maken en dus ook niet kan worden ingebracht.

#### IX. Artikel 2:201 lid 3 BW

De toevoeging van de bepaling in lid 3 biedt de mogelijkheid in de statuten bijzondere rechten inzake de zeggenschap aan aandelen toe te kennen. Deze mogelijkheid biedt een grote flexibiliteit die NeVOA toejuicht.

#### X. Artikel 2:203a BW

Met het vervallen van het verplichte minimumkapitaal is het afschaffen van de verplichte bankverklaring een logische stap.

#### XI. Artikel 2:204a, 2:204b en 2:204c BW

NeVOA vindt het raadzaam, gezien de overlap van de problematiek, deze artikelen gezamenlijk te behandelen.

Kenmerkend voor de nieuwe regelgeving ter zake van inbreng in natura op aandelen, is, dat de verplichte accountantsverklaring komt te vervallen. De nachgründingsregeling komt in haar geheel te vervallen.

Bij een dergelijke inbreng in natura dient het bestuur een beschrijving te maken, die ook dient te worden gedeponereerd bij het Handelsregister.

Toen het kapitaalbeschermingsrecht voor de BV, dat werd afgeleid van het kapitaalbeschermingsrecht voor de NV, tot stand kwam, was een van de afwijkingen het feit dat bij de BV niet de beschrijving maar slechts de accountantsverklaring openbaar behoefde te worden gemaakt. Dit met een beroep op het besloten/gesloten karakter van de BV. Voor accountants leverde dit in de ogen van velen het probleem op van de "blinde verklaring", een verklaring over een verantwoording zonder dat de bijbehorende verantwoording zelf openbaar wordt gemaakt. Het verbaast NeVOA dat dat standpunt nu zo gemakkelijk wordt gewijzigd.

Voor wat betreft de 'Nachgründungs'-regeling is begrijpelijk dat de betrekkelijk willekeurige regel om transacties met aandeelhouders en oprichters in de twee jaren na oprichting bijzonder onder de loep te nemen, wordt afgeschaft. Het probleem waarop deze regeling zich richtte is echter een deel van een breder probleem in het kader van de derdebescherming te weten dat van de 'transfer pricing' tussen gelieerde partijen. Onjuiste prijsstelling voor levering van goederen of diensten tussen onderling afhankelijke partijen kan de positie van crediteuren en overigens ook minderheidsaandeelhouders ernstig schaden. Het zou wenselijk zijn daarvoor normen te stellen zoals een principe dat in beginsel moet worden afgerekend op prijzen die 'at arms' length base' zijn bepaald.

Het voorontwerp blijft onduidelijk over de vraag wat bepalend is voor hetgeen wordt ingebracht. Is dit de in de oprichtingsakte genoemde verplichting van de oprichter of is dit hetgeen de oprichter beschrijft. Het is mogelijk dat tussen deze twee documenten een verschil ontstaat. Uit het arrest van de Hoge Raad van 6 december 2002 lijkt te volgen dat de inbrengbeschrijving in zo'n geval bepalend is.

Deze opvatting is echter niet onweersproken gebleven. Het lijkt gewenst dat de wetgever aangeeft wat hier rechtens is.

#### XII. Artikel 2:207 BW

Het schrappen van de beperking van 50% is naar de mening van NeVOA een verbetering, evenals de het schrappen van de wettelijke voorwaarde dat de statuten de verkrijging moeten toestaan.

Voorgesteld wordt het huidige lid 3 te schrappen (de geldigheid van de verkrijging moet worden vastgesteld volgens de laatst vastgestelde balans, welke niet ouder is dan 6 maanden).

Hiervoor in de plaats zal het bestuur *ten tijde van de verkrijging* moeten vaststellen of de verkrijging geoorloofd is, op straffe van aansprakelijkheid volgens het voorgestelde lid 3. Het bestuur kan zich hierbij dus niet meer baseren op de laatst vastgestelde balans van maximaal 6 maanden oud. Dit is in zekere zin een aanscherping van de regeling. Weliswaar kan met de voorgestelde regeling ook na deze 6 maanden tot inkoop van eigen aandelen worden besloten zonder dat de wet verplicht nieuwe cijfers op te maken; echter, op het bestuur rust een grotere verantwoordelijkheid. Een inkoop binnen 6 maanden na balansdatum is onder de huidige regeling eenvoudiger en brengt minder risico's met zich. Het zou jammer zijn als het bestuur zich door deze verscherping genoodzaakt ziet een nieuwe balans te produceren cq. een accountsverklaring te vragen, terwijl dat onder het huidige regime binnen de genoemde 6 maanden niet hoeft. NeVOA stelt dan ook voor de termijn van 6 maanden te handhaven, ook al zou dit – naar de mening van de Minister - minder goed aansluiten bij het algemene systeem van de liquiditeitstest bij uitkeringen.



### XIII. Artikel 2:207a BW

Verkrijging in strijd met 207 is nietig, aldus 207a. De MvT<sup>1</sup> geeft aan dat deze nietigheid in het vervolg alleen slaat op de formele eisen die artikel 207 (lid 2?) stelt. Niet geheel duidelijk is welke formele eisen precies worden bedoeld. Duidelijk is evenwel dat hiermee niet de liquiditeitstest wordt bedoeld. Valt de balanstest bijvoorbeeld onder de formele eisen?

De bedoelde nietigheid gaat niet samen met de aansprakelijkheid van het bestuur op grond van 207 lid 3. Is de verkrijging nietig dan betekent dit dat de rechtsgrond aan de rechtshandeling ontvalt en dat de vervreemder de prijs wegens onverschuldigde betaling aan de vennootschap moet terugbetalen. Het huidige lid 1 bepaalt terecht dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade lijdt.

Met het voorgestelde lid 3 van 207 zou voor bestuurders een dubbele aansprakelijkheid kunnen ontstaan (jegens de vennootschap en jegens de vervreemder te goeder trouw). Het is de vraag of dit de bedoeling is.<sup>2</sup>

Uit de MvT blijkt dat lid 3 van 207a wordt geschrapt. In het tekstvoorstel ontbreekt deze aanvulling echter.

### XIV. Artikel 2:207c BW

Het schrappen van deze bepaling is een verbetering voor de praktijk. De praktijk zal moeten leren of deze flexibilisering opweegt tegen de zwaardere verantwoordelijkheid die op het bestuur komt te rusten.

### XV. Artikel 2:207d BW

De voorgestelde wijzigingen in dit artikel leiden tot een verbetering waarin NeVOA zich kan vinden.

### XVI. Artikel 2:208 BW

De voorgestelde wijzigingen in dit artikel leiden tot een verbetering waarin NeVOA zich kan vinden.

## **Tegenstrijdig belang**

Omdat de huidige regeling voor tegenstrijdig belang nog niet in het voorontwerp voor wijziging is meegenomen, is NeVOA benieuwd naar eventuele plannen hiertoe. De regeling is met name sinds het Duplicado-arrest voor de MKB-praktijk en in het bijzonder eenpersoonsvennootschappen een grote last geworden. Het zou in het kader van de voorgestelde flexibilisering passen de regeling in artikel 256 aan te passen en te verduidelijken.

---

<sup>1</sup> MvT pag. 21 (NB. "De nietigheid treedt in bij strijdigheid met de formele eisen die artikel 207 lid 2 aan de inkoop stelt ...."; wellicht wordt hier artikel 207 in zijn geheel bedoeld en niet slechts lid 2)

<sup>2</sup> Mr D.C. Hoorn wijst hier ook op in Vennootschap & Onderneming, mei 2006, pag.88.

## XVII. Artikel 2:216 BW

### **Lid 1**

NeVOA juicht de bepaling van aanvullend recht toe dat de algemene vergadering het besluit neemt tot bestemming van de winst en tot uitkering van reserves. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de praktijk waarin de algemene vergadering daartoe veelal, volgens statuten, besluit. Met die bepaling wordt voorkomen dat door niets te regelen, na vaststelling van de jaarrekening, de winst op basis van de huidige tekst van artikel 216 lid 1 direct toekomt aan de aandeelhouder of andere winstgerechtigden.

Ook de bevoegdheid om een ander orgaan in de statuten aan te wijzen dat bevoegd is om de winst te bestemmen en reserves tot uitkering te brengen spreekt NeVOA in het kader van de flexibilisering aan. Wel plaatst NeVOA daarbij de kanttekening dat artikel 189a, zoals opgenomen in de eerste tranche, daartoe nog aanpassing verdient. Daarin is artikel 216 namelijk niet opgenomen, terwijl de Memorie van Toelichting bij artikel 216 voor de bepaling welk orgaan van de vennootschap die bevoegdheid kan verkrijgen, wel verwijst naar artikel 189a.

Zoals blijkt uit de tekst van artikel 216 kunnen bestemming van de winst en uitkeringen "ten laste van" reserves aan nadere (statutaire) voorwaarden worden verbonden. NeVOA vraagt zich in dat verband af wat de toegevoegde waarde is van de leden 7 en 10.

Daarin wordt bepaald dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding kunnen worden uitgesloten van het delen in winst of reserves, respectievelijk dat de winst ten behoeve van hen kan worden gereserveerd. Uit de tekst van lid 10 lijkt te volgen dat vorming van reserves niet ten behoeve van aandeelhouders van een bijzondere soort of aanduiding kan plaatsvinden. In de praktijk voelen aandeelhouders wel degelijk die behoefte. Denk aan de aandeelhouder die op aandelen stort in agio. Men wil voorkomen dat overige aandeelhouders, die géén agio willen of kunnen storten, dubbel profijt hebben van die storting (reservering niet exclusief voor de storter en de mogelijke bijdrage van de storting aan de winst van de vennootschap). Bij verval van de leden 7 en 10 dient de laatste zin van het eerste lid daartoe nog te worden aangepast.

Een statutenwijziging als bedoeld in lid 8 zal wel de instemming dienen te hebben van alle aandeelhouders aan wier rechten, door wijziging, afbreuk wordt gedaan. Die bepaling dient dan ook te gelden voor het in lid 6 bepaalde over de berekening van uitkeringen. De winst die wordt behaald met de voorgestelde tekst in geval van besluiten tot uitkering, is het verval van de noodzaak onderscheid te maken tussen uitkering van interim-dividend of winst na vaststelling van de jaarrekening (eindejaarswinst). In de huidige praktijk is het onderscheid voor het besluit tot uitkering namelijk niet altijd even eenvoudig te maken als de jaarrekening over een boekjaar nog niet is vastgesteld maar het boekjaar al wel is verstreken. Belang van het onderscheid naar huidig recht is dat voor besluiten tot uitkering van interim-dividend een afzonderlijke statutaire grondslag is vereist. In oudere statuten ontbreekt die grondslag wel eens.

Dan zijn tussentijdse winsten niet uitkeerbaar. Met de formulering is men tevens af van de mogelijke discussie of vrije reserves tot uitkering moeten komen in overeenstemming met de vastgestelde jaarrekening dan wel of zij, vergelijkbaar aan interim-dividend, tussentijds uitkeerbaar zijn. Uitkeerbaarheid van vrije reserves wordt onder huidig recht immers op dezelfde wijze behandeld als de uitkering van winst.

## Lid 2

NeVOA onderschrijft de visie van de Minister van Justitie dat kapitaalbeschermingsregels schijnzekerheid voor schuldeisers bieden. Daarom vindt zij begrijpelijk dat het geplaatste en gestorte deel van het kapitaal geen belemmering meer mogen vormen voor de bepaling of uitkeringen zijn toegestaan. De Minister volgt daarin dus niet de zienswijze van de expertgroep.

Voorts waardeert NeVOA de overweging van de Minister van Justitie in de Memorie van Toelichting om de expertgroep niet te volgen in haar suggestie om bij interim-uitkeringen een tussentijdse vermogensopstelling te eisen. Dat zou leiden tot onder andere extra administratieve en financiële lasten.

Dat met de liquiditeitstest géén meerwaarde bestaat voor de tussentijdse vermogensopstelling betwijfelt NeVOA. Verondersteld wordt daarmee dat een liquiditeitstest op zich volstaat om te bepalen of uitkeringen zijn toegestaan. Onlangs verscheen: "De financiering van de onderneming", uit de Serie Vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge c.s., Kluwer, Deventer 2006.

Daarin betoogt prof. mr. Beckman op pag. 127 en 128 dat een dergelijke test door momentopnamen te manipuleren is, dus scheidt schijnzekerheid. Door de achterdeur verdwijnt de reden om kapitaalbeschermingsregels de rug toe te keren, terwijl zij door introductie van de liquiditeitstest door de voordeur weer binnenkomt.

Hij vindt het dan ook géén goede zaak om kapitaalbeschermingsrecht te vervangen, althans niet door een liquiditeitstest. Een beter middel om vast te stellen of uitkeringen kunnen worden toegestaan is volgens hem de efficiencyratio. Daarmee wordt de relatie omzet (eventueel met een mutatie in de balanspost debiteuren) tegenover totaal geïnvesteerd vermogen gemeten.

Men krijgt dan een beter inzicht in financieringsstromen binnen de onderneming. Bovendien kunnen volgens Beckman ter bepaling van de mogelijkheid tot uitkering nog andere ratio's worden gebruikt die relatief eenvoudig zijn te bepalen. Genoemd worden ratio's als omloopsnelheid van voorraden en debiteuren.

Voorts rijst de vraag of de voorgestelde liquiditeitstest noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van schuldeisers. Een voorbeeld mag dat wellicht verduidelijken. Stel uit een balans van een holdingvennootschap blijkt een geplaatst en gestort kapitaal van 2, een herwaarderingsreserve van 100, een agioreserve van 200 en daarom een eigen vermogen van 302. Het materieel vast actief in de vorm van een registergoed is gewaardeerd tegen 300 en het saldo op de bank bedraagt 2. Stel de algemene vergadering overweegt een uitkering.

Er zijn echter onvoldoende liquide middelen in de vennootschap aanwezig om die uitkering te doen. De vennootschap vindt echter een bank bereidt daartoe een financiering te verstrekken met zekerheid voor terugbetaling van het geleende door vestiging van een hypotheekrecht. Solvabiliteitseisen spelen voor de bank géén enkele rol omdat de vennootschap géén vreemd vermogen heeft. Op grond van de vereenvoudigde balanstest bestaat er volgens NeVOA ruimte voor het doen van een uitkering, zowel uit kracht van artikel 209 lid 1 (kapitaalvermindering) als artikel 216 lid 2 tot een bedrag van 202. Het eigen vermogen na de balanstest is positief, immers bestaande uit de wettelijke reserve. Stel 200 wordt door de bank verstrekt aan de vennootschap ter financiering van de uitkering.

De vennootschap beschikt daarna over vreemd vermogen en voldoende liquide middelen voor de uitkering. Op grond van de liquiditeitstest (afhankelijk wat de definitie daarvan is) zou na uitkering, gesteld dat de bank (in de nabije toekomst) een opeisbare vordering heeft, het bestuur van de vennootschap ervan behoren te weerhouden in te stemmen met de uitkering. De vordering van de bank is, gelet op de overwaarde van het materieel vast actief, geen punt geweest voor de bank om de financiering te verstrekken. De bank kan volledig worden voldaan door uitwinning van haar hypotheekrecht. NeVOA ziet niet goed in waarom onder deze omstandigheden geen financiering van een derde kan worden betrokken om vermindering van aandelenkapitaal en uitkering van winst/reserves mogelijk te maken, zoals de Minister stelt in de Memorie van Toelichting op pagina 10 en op pagina 27. De bank kan immers zijn vordering verhalen op het vermogen van de vennootschap, zij het dat zij niet kan putten uit kasgeld of banktegoeden. Het vermogen van de vennootschap zit immers vast in het registergoed. Zij beschikt wel over voldoende vermogensbestanddelen die strekken tot verhaal voor de bank. De vennootschap zou dus aan haar opeisbare vorderingen kunnen blijven voldoen, zij het door uitwinning.

Het voorbeeld leert tenminste dat de stortingsplicht op aandelen door wijziging van de regels voor kapitaalvermindering, waarin ook de liquiditeitstest aan de orde komt, weinig inhoudt. Vrij snel na uitgifte van aandelen tegen een bepaalde stortingsplicht, kan immers het kapitaal aan de vennootschap worden onttrokken.

### **Lid 3**

Instemming met een uitkeringsbesluit wetende dat aan de liquiditeitstest niet wordt voldaan, leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid. Dat leidt uitzondering in geval van stockdividend en bijschrijvingen op aandelen (artikel 216 lid 11). In geval van faillissement van de vennootschap binnen 1 jaar na het uitkeringsbesluit worden aandeelhouders en andere winstgerechtigden gehouden om het ontvangene als onverschuldigd betaald, terug te betalen.

NeVOA constateert een verschil in de grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid in artikel 216 lid 3 en ex artikel 203 lid 3.

Een wijziging van dat laatste artikel wordt niet beoogd. In dat artikel is, voor zover hier van belang, opgenomen dat de bestuurder tegenover de derde aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van bekrachtiging van rechtshandelingen door de handelende verricht namens een B.V. i.o., indien de bestuurder dan weet of behoort te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet kan nakomen. Daarnaast loopt de bestuurder het risico aansprakelijk te zijn op grond van artikel 9 tegenover de vennootschap wegens onbehoorlijke taakvervulling. Aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap is op grond artikel 203 lid 3 is dus ruimer dan die op grond van artikel 216 lid 3. De bestuurder in laatstgenoemd artikel behoeft "slechts" na te gaan of de vennootschap nog wel aan haar opeisbare schulden kan voldoen. De aansprakelijkheid van artikel 203 lid 3 wijkt volgens NeVOA niet principieel af van aansprakelijkheid op grond van artikel 216. De wetenschap van de bestuurder van artikel 203 lid 3 kan op dat punt volgens NeVOA worden gewijzigd in overeenstemming met artikel 216 lid 3.

Bestuurders zijn op grond van dit lid hoofdelijk aansprakelijk tegenover de vennootschap ten belope van het bedrag van de uitkering aan de aandeelhouders/andere winstgerechtigden. In geval de vennootschap faillieert binnen één jaar na het moment van de uitkering, dan wordt de bestuurder vermoedt redelijkerwijs te hebben geweten dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet zou kunnen nakomen. Een voordeel in de bewijsvoering van de curator die vergelijkbaar is met het vermoeden van wetenschap als bedoeld in artikel 203 lid 3.

NeVOA vraagt zich af of er samenloop zal bestaan tussen aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 216 lid 3 en die van artikel 9. De vennootschap zou namelijk tevens kunnen ageren jegens de bestuurder uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 9 om ook het restant van de schade te verhalen op haar bestuurder. Geldt het adagium "lex specialis derogat legi generali" of kunnen beide aansprakelijkheidsgrondslagen worden benut. In het laatste geval heeft beperking van aansprakelijkheid tot het bedrag van de uitkering in artikel 216 lid 3 wellicht weinig zin, tenzij de curator gebruik maakt van het daarin opgenomen bewijsvermoeden. Hij zou er verstandig aan doen dan een objectief cumulerende dagvaarding op te stellen waarin hij eerstens schadevergoeding vordert op grond van artikel 216 lid 3 en, voor zover de vennootschap onvoldaan is gebleven en de bestuurder géén decharge is verleend, het restant van de schade te vorderen op grond van artikel 9. Decharge op grond van artikel 216 lid 3 lijkt niet mogelijk ter bevrijding van aansprakelijkheid wegens een besluit genomen in strijd met artikel 216 lid 2. Waarom zou de curator anders in geval van faillissement binnen 1 jaar na het uitkeringsbesluit nog gebruik kunnen maken van het bewijsvermoeden van artikel 216 lid 3.

NeVOA vraagt zich of de bestuurder tevens door schuldeisers van de vennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade op grond van artikel 162, Boek 6 BW, stellende dat de bestuurder in strijd heeft gehandeld met de op hem gelegde wettelijke plicht van artikel 216 lid 2. NeVOA twijfelt aan het antwoord op de vraag of die norm de schuldeisers beoogt te beschermen of slechts de vennootschap. In dat laatste geval zou aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wel eens kunnen afketsen op de "Schutznorm" van artikel 163, Boek 6, BW. Wat overblijft van aansprakelijkheid van de aandeelhouder tegenover schuldeisers van de vennootschap, zoals in het Nimox-arrest gewezen, valt te bezien omdat het besluit tot uitkering slechts tot stand komt nadat de algemene vergadering instemming heeft verkregen van het bestuur.

Aansprakelijkheid van de aandeelhouder jegens de vennootschap zou nog kunnen opkomen op grond van artikel 216 lid 4 als deze zich intensief bemoeit met het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap.

Zonder ook de externe aansprakelijkheid van de bestuurder hier te willen belichten, is het de vraag of het wel zo'n vaart loopt met de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de vennootschap ten koste van verval van kapitaalbescherming.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 9 kan slechts worden aangenomen als aan bestuurders een ernstig verwijt is te maken. In hoeverre speelt dat ernstige verwijt ook bij aansprakelijkheid op grond van artikel 216 lid 3. Aan de bestuurder behoeft dan wel géén opzet of bewuste roekeloosheid te worden verweten, maar de grens ligt nabij.

Aangenomen wordt bovendien dat een bestuurder in twee contractuele verhoudingen tot de vennootschap staat. Eén rechtspersonenrechtelijke en een arbeidsrechtelijke.

De aansprakelijkheid op grond van de rechtspersonenrechtelijke relatie lijkt te conflicteren met die op grond van artikel 661, Boek 7 BW. Daarin dient aan de werknemer immers opzet of bewuste roekeloosheid te worden verweten wil dat leiden tot aansprakelijkheid, zij het dat ruimte bestaat voor de omstandigheden van het geval en de aard van de overeenkomst. Vrij actueel is de vraag in hoeverre een bestuurder zich kan exonereren voor aansprakelijkheid tegenover de vennootschap.

Als aansprakelijkheid dan in beginsel is collectief is gevestigd, bestaat er nog de mogelijkheid voor de individuele bestuurder zich te disculperen op grond van artikel 216 lid 3.

Slechts aan dat laatste aspect wordt in de Memorie van Toelichting enige aandacht besteed. Het zou volgens NeVOA de helderheid ten goede komen als in de Memorie van Toelichting wat meer aandacht zou worden besteed aan argumenten ter ontlasting aan de interne aansprakelijkheid.

\*\*\*