
Flexibilisering van het BV-recht en enkele voorgestelde wijzigingen in het kapitaalbeschermingsrecht

Inleiding

Vanuit de praktijk is al geruime tijd sprake van de vraag naar flexibelere wetgeving, met name gericht op de besloten vennootschap (BV). Wetgeving ten aanzien van de naamloze vennootschap kan niet eenvoudig worden geflexibiliseerd, aangezien deze rechtsvorm valt binnen de reikwijdte van de tweede EEG-richtlijn¹ en kan dus slechts met behulp van Europese regelgeving worden aangepast. Op de BV is deze tweede EEG-richtlijn niet van toepassing.

Teneinde gehoor te geven aan de vraag uit de praktijk is op 6 mei 2004 een rapport van een expertgroep, ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, verschenen, genaamd het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht

1. Richtlijn 77/91/EEG, PbEG 1977 L 26/1.

(hierna: het Rapport).² Deze expertgroep bestond uit mrs. De Kluiver, Rensen, Ten Berg, Brink, Dortmund, Van Solinge, Tervoort, Van Veen en Zaman (hierna: de Expertgroep).

De Expertgroep is de volgende opdracht meegegeven: 'Aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd'. Bij de uitvoering van de aan haar gegeven opdracht heeft de Expertgroep de volgende uitgangspunten gehanteerd:

1. minder dwingend en meer regelend recht;
2. meer vrijheid van inrichting voor aandeelhouders;
3. regels die niet effectief zijn, kunnen vervallen;
4. vermindering van administratieve lasten;
5. een evenwichtige bescherming van crediteuren;
6. beperken en voorkomen van rechtsonzekerheid.³

De Expertgroep heeft bij haar afwegingen aangaande het onderwerp van de kapitaalbescherming onder meer gekeken naar het eindrapport, opgesteld door mrs. Lennarts en Schutte-Veenstra, genaamd: Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht.⁴ De Expertgroep heeft in veel gevallen wel, maar niet in alle gevallen de aanbevelingen van hiervoor genoemde schrijvers gevolgd.

Ik zal in dit artikel de in het Rapport voorgestelde wijzigingen bespreken aangaande een aantal belangrijke kapitaalbeschermingsonderwerpen, zoals de nominale waarde van de aandelen, het verbod op emissie beneden pari, het minimumkapitaalvereiste, stortingsplicht in geld; bankverklaring en inbreng in natura; en accountantscontrole.

Algemeen

Het primaire belang van bepalingen uit het kapitaalbeschermingsrecht is de bescherming van de belangen van de crediteuren van de vennootschap. De vennootschap dient een minimaal vermogen bijeen te brengen (en te behouden), zodat vorderingen van crediteuren van de vennootschap daaruit kunnen worden voldaan.

Het huidige kapitaalbeschermingsrecht slaagt maar zeer beperkt in deze primaire missie. De crediteuren worden alleen en uitsluitend beschermd tegen het wegvloeien van vermogen dat onder de reikwijdte van de kapitaalklem (art. 2:216 BW) valt. De huidige wettelijke bepalingen kunnen niet voorkomen dat het eigen vermogen (boven de kapitaalklem) van de BV verdwijnt door het lijden van verliezen en uitkeringen aan aandeelhouders,

met als resultaat dat de solvabiliteit en de liquiditeit van de BV onvoldoende kunnen zijn zodat er te weinig vermogen kan zijn om de vorderingen van de crediteuren te voldoen zonder dat zij daarvoor door de wet beschermd worden.

Daarnaast ervaart de vennootschapsrechtpraktijk het kapitaalbeschermingsrecht als beperkend voor de vrijheid van de inrichting van de BV door aandeelhouders en vormen de bepalingen een grote administratieve last (zie de eerder genoemde uitgangspunten van het Rapport).

Reden te meer om dit deel van het vennootschapsrecht eens kritisch tegen het licht te houden.

Nominale waarde van aandelen

Het begrip 'nominale waarde van aandelen' komt in verschillende artikelen van Boek 2 van het BW voor, zie onder meer artikel 2:191 lid 1 BW (storting nominale bedrag op aandelen), artikel 2:201 lid 1 BW (gelijkheidsbeginsel), artikel 2:216 lid 6 BW (berekening winstaandeel), artikel 2:228 lid 2 en 3 BW (berekening stemrechtverhouding). Uit deze artikelen volgt dat het begrip 'nominale waarde' voornamelijk als maatstaf wordt gebruikt teneinde een aantal zaken, zoals de stemverhouding, te kunnen vaststellen.

De nominale waarde van een aandeel is het fundament van het kapitaalbeschermingsrecht. Onder andere is hierop de omschrijving van het wettelijke kapitaalbegrip gebaseerd. Van dit begrip zijn op hun beurt de overige kapitaalbegrippen weer afgeleid, evenals de kapitaalbeschermingsbepalingen.⁵ Het eventuele afschaffen van het begrip 'nominale waarde' zou erg ingrijpend zijn en een aantal overige bepalingen van het kapitaalbeschermingsrecht raken.

Knelpunten

Het Rapport stelt als grootste knelpunt dat de nominale waarde veelal niets te maken heeft met de daadwerkelijke waarde van een aandeel.⁶ Het vermogen van een vennootschap is door het maken van winst of verlies bijna altijd aan verandering onderhevig. Het resultaat hiervan is dat de werkelijke waarde van een aandeel eveneens telkens zal veranderen, daar waar de nominale waarde een constante, statische factor vormt.

Het onderwerp heeft ook in andere landen, al dan niet in Europees verband, de aandacht, en er lijkt een tendens te zijn het begrip nominale waarde van aandelen af te schaffen.

Buiten onze landsgrenzen kijkend ziet men het volgende: in het eindrapport van de High Level Group of Company Law Experts wordt het voorstel gesteund om de afschaffing van de nominale waarde aan een nader onder-

2. Het rapport is te downloaden via de website van het ministerie van Economische Zaken via website: www.minez.nl, vervolgens naar het thema: De flexibele BV.

3. Zie p. 1 van het Rapport.

4. Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, eindrapport d.d. 31 maart 2004, te downloaden via de website van het ministerie van Economische Zaken via website: www.minez.nl, vervolgens naar het thema: De flexibele BV.

5. Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 7.

6. Zie p. 87 van het Rapport.

zoek te onderwerpen.⁷ Onder meer in het Europese Company Law Action Plan is aangekondigd dat op middellange termijn (2006-2008) een onderzoek dient te worden gedaan naar de haalbaarheid van een alternatief regime voor kapitaalbescherming, gebaseerd op afschaffing van de nominale waarde van aandelen.⁸ Met ingang van 1 april 1998 kan een Duitse Aktiengesellschaft (AG) aandelen zonder een nominale waarde uitgeven, en een Franse société anonyme (SA) hoeft vanaf 1 januari 1999 niet langer in de statuten de nominale waarde van de aandelen te vermelden. Sinds 1 januari 2000 is het een Antilliaanse BV toegestaan aandelen zonder een nominale waarde uit te geven (zie art. 4 lid 3 Landsverordening Besloten Vennootschap).

Aanbevelingen

Ondanks het hiervoor genoemde knelpunt en de buitenlandse ontwikkelingen is de Expertgroep van mening dat het begrip nominale waarde dient te worden gehandhaafd. Er is geen voordeel aan te wijzen dat afschaffing rechtvaardigt.⁹ De belangrijkste reden die hiervoor genoemd wordt, is dat het een handige en duidelijke maatstaf vormt voor het bepalen van onder meer verhoudingen van stemrecht en winstrecht. Vermoedelijk acht de Expertgroep afschaffing van dit fundament van het kapitaalbeschermingsrecht een te grote stap om nu te nemen.

Emissie beneden pari

Het huidige recht kent het verbod tot uitgifte van aandelen beneden de nominale waarde (art. 2:191 BW). Deze bepaling houdt nauw verband met het begrip nominale waarde, nu dit laatste begrip ook hier als maatstaf wordt gebruikt.

Knelpunten

Het verbod kan belemmerend werken in herstructurerings-situaties.¹⁰ In dergelijke situaties kan het gewenst zijn om aandelen voor een lagere prijs uit te geven dan tegen de hogere nominale waarde. Zou men dat onder het huidige recht willen bewerkstelligen, dan dient eerst de kapitaalverminderingprocedure te worden gevolgd en dan pas kunnen er nieuwe aandelen met een lagere nominale waarde worden uitgegeven. Deze weg wordt als erg tijdrovend ervaren, wat juist in herstructurerings-situaties ongewenst is. (Men zou ook kunnen opteren voor het splitsen van aandelen en zo een lagere nominale waarde per aandeel kunnen bewerkstelligen. Dit kan echter leiden tot verwatering van bestaande aandeelhouders, wat veelal ook niet gewenst zal zijn.)

Lennarts en Schutte-Veenstra menen dat primair gekeken

moet worden of het verbod bijdraagt aan de bescherming van de crediteuren van de vennootschap. Nu iedere emissie van kapitaal, ongeacht het bedrag, een verhoging van het vermogen van de vennootschap genereert, en daarmee de crediteuren nimmer benadeeld kunnen worden, achten zij de bepaling in dit verband nutteloos. Deze vervult geen rol in de gewenste bescherming van crediteuren.¹¹

Aanbevelingen

Bij de instandhouding van het begrip nominale waarde is de Expertgroep van mening dat het verbod tot emissie beneden pari dient te worden gehandhaafd. Zij acht het van belang dat crediteuren en aandeelhouders kunnen afgaan op het geplaatste en gestorte kapitaal. Alternatieve maatregelen, zoals vermindering van het nominale bedrag door middel van een vereenvoudigde kapitaalverminderingprocedure (de verzetstermijn van art. 2:209 lid 3 BW komt te vervallen) of het uitgeven van een nieuw soort aandelen met een lagere nominale waarde, zijn voorhanden, waardoor de noodzaak tot afschaffing van dit verbod is komen te vervallen.¹² Met dit standpunt volgt de Expertgroep niet de aanbeveling van Lennarts en Schutte-Veenstra, die menen dat op grond van de hiervoor beschreven knelpunten afschaffen van dit verbod geoorloofd is.

Minimumkapitaal

De eerste zin van artikel 2:178 lid 2 BW bepaalt: 'Het maatschappelijk en het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan moeten bij de oprichting ten minste het minimumkapitaal bedragen dat bij koninklijk besluit is vastgesteld.' Thans is het minimumkapitaal voor de BV vastgesteld op € 18.000.

Knelpunten

De belangrijkste vraag is of dit vereiste de crediteuren van de vennootschap (voldoende) bescherming biedt. In dit verband geeft de bepaling aanleiding tot een aantal knelpunten, zoals het feit dat het genoemde bedrag vrij gering is. Voor bedrijfsactiviteiten zal veelal een groter bedrag nodig zijn, waarmee de keuze voor de hoogte van het bedrag willekeurig lijkt te zijn.

Voorts biedt de bepaling geen enkele garantie dat het bedrag ook blijvend tot het vermogen van de vennootschap gaat behoren. De crediteur van de vennootschap wil zijn vordering voldaan zien en dat kan alleen als de liquiditeit van de vennootschap op korte en lange termijn toereikend is. Het vereiste minimumkapitaal biedt slechts schijnzekerheid. Met als gevolg dat de crediteur zichzelf zal moeten beschermen en bijvoorbeeld zekerheid (bijvoorbeeld een pandrecht) voor zijn vorderingen van de vennootschap dienen te vragen. Teneinde niet de normale bedrijfsuitvoering van de BV in de weg te staan zal het niet mogelijk zijn voor alle vorderingen zekerheid te verlangen.

7. Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 4 november 2002, p. 82 en 83.

8. Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union, A plan to move forward, COM (2003), 21 mei 2003.

9. Zie p. 87 van het Rapport.

10. Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 16.

11. Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 16.

12. Zie p. 88 en 89 van het Rapport.

Voorts wordt het vereiste van het minimumkapitaal vaak als een drempel ervaren om activiteiten uit te gaan oefenen via een BV. Het lijkt alsof het een prijs is die betaald dient worden om het ondernemingsrisico te doen overgaan naar de rechtspersoonlijkheid bezittende BV. Inmiddels kan op grond van het Inspire Art-arrest¹³ een Engelse Limited (Ltd), waarvoor op grond van het Engelse recht bij de oprichting geen minimumkapitaalvereiste geldt, in het Nederlandse handelsregister van de kamer van koophandel worden ingeschreven zonder dat aan het Nederlandse vereiste van het minimumkapitaal is voldaan. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat, onder andere, dit vereiste de vrije vestiging van vennootschappen in de weg staat. Hiermee is de weg geopend voor ondernemers om voor hun Nederlandse activiteiten een buitenlandse rechtsfiguur te kiezen waaraan op dit gebied minder strenge eisen worden gesteld. Dit zal de concurrentiepositie van de BV niet ten goede komen.

Aanbevelingen

Het argument van de schijnzekerheid en de Europese ontwikkelingen brengen de Expertgroep ertoe afschaffing van het minimumkapitaalvereiste aan te bevelen.¹⁴ Zulk is in lijn met hetgeen Lennarts en Schutte-Veenstra hebben geconcludeerd.¹⁵

Stortingsplicht in geld; bankverklaring

Lid 1 van artikel 2:203a BW bepaalt:

‘Indien voor of bij de oprichting op aandelen wordt gestort in geld, moeten aan de akte van oprichting een of meer verklaringen worden gehecht, inhoudende dat de bedragen die bij de oprichting te plaatsen moeten worden gestort:

- a. hetzij terstond na de oprichting ter beschikking zullen staan van de vennootschap;
- b. hetzij alle op een zelfde tijdstip, ten vroegste vijf maanden voor de oprichting op een afzonderlijke rekening stonden, welke na oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan, mits de vennootschap de stortingen in de akte aanvaardt.’

Bij de a-verklaring is gesteld dat de bedragen ter beschikking *zullen* staan. Dit betekent dat de bank een garantie afgeeft met betrekking tot de storting met als resultaat dat het onzeker is of de bedragen daadwerkelijk zijn gestort op het moment dat de aandelen dienen te worden genomen.

In de praktijk wordt het meest gebruikgemaakt van de b-verklaring. Het voordeel van deze verklaring voor de oprichter is dat hij het gestorte bedrag al kan aanwenden alvorens de BV is opgericht. Dit betekent dat het saldo van

de rekening van de vennootschap nul of negatief kan zijn op het moment van oprichting.

Knelpunten

De Expertgroep noemt als knelpunt dat het geenszins duidelijk is of er op het moment van oprichting aan de stortingsplicht op de uit te geven aandelen is voldaan. Kortom, een bankverklaring (zowel de a- als de b-verklaring) geeft geen absolute zekerheid omtrent de voldoening aan de stortingsplicht.¹⁶ Daarmee streeft de bepaling enigszins haar doel voorbij.

Aanbevelingen

De Expertgroep volgt de aanbeveling van Lennarts en Schutte-Veenstra, die concluderen dat de bankverklaring dient te worden afgeschaft nu deze niet bijdraagt aan een doorslaggevend antwoord op de vraag of op het moment van de oprichting is voldaan aan de stortingsplicht,¹⁷ en pleit eveneens voor afschaffing van de bankverklaring.

Inbreng in natura; accountantscontrole

Inbreng in natura in een BV bij (en ook na) oprichting is onderworpen aan de controle van een accountant. De bestuurders van de vennootschap maken een beschrijving op van hetgeen wordt ingebracht, en kennen hieraan een waarde toe, gebaseerd op maatschappelijk aanvaardbare waarderingmethoden. De accountant controleert of de waarde van hetgeen wordt ingebracht (op basis van de opgemaakte beschrijving) ten minste de waarde van de stortingsplicht (uitgedrukt in geld) belooft waaraan bij de inbreng moet worden voldaan (zie art. 2:204a BW).

De accountant dient zijn verklaring uitsluitend te richten op de inbrengbeschrijving. Het is hem niet toegestaan zelf elementen aan de inbreng en de daarmee samenhangende waarde toe te voegen (men denke aan bijvoorbeeld goodwill).¹⁸ Een en ander kan ook uit het arrest van de Hoge Raad, genaamd Internationaal Boom- en Heestercentrum-arrest, worden afgeleid.¹⁹

Met deze regeling wordt beoogd te voorkomen dat het bestuur van de BV een te hoge waarde aan de inbreng toekent, waardoor mogelijk in werkelijkheid niet aan de stortingsplicht op de te nemen aandelen is voldaan, en daarmee crediteuren en aandeelhouders worden benadeeld (zie ook het eerdergenoemde Internationaal Boom- en Heestercentrum arrest).

Knelpunten

De hiervoor beschreven regeling geeft aanleiding tot een aantal vragen en knelpunten. De inbrengbeschrijving is de

13. HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/0, JOR 2003, 249.

14. Zie p. 88 van het Rapport.

15. Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 14.

16. Zie p. 90 van het Rapport.

17. Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 20 e.v.

18. Vgl. ook I. Timmerman & P. van der Zanden, Accountantsverklaring bij inbreng in natura. Heeft de accountant zelf nog iets in te brengen?, V&O 2003, p. 42-45.

19. HR 6 december 2002, JOR 2003, 3.

beslissende leidraad voor de waarde van de inbreng, waardoor het van groot belang is dat de beschrijving juist is. Volgens de Expertgroep kan men vraagtekens zetten bij de deskundigheid van de bestuurders om de beschrijving op te stellen en van de accountant om de vastgestelde waarde (zoals bijvoorbeeld van onroerend goed) te controleren.²⁰ Beiden kunnen hierbij wel deskundigen, zoals taxateurs, inschakelen. Alleen zullen met het gebruik van extra deskundigen ook de kosten voor de BV oplopen, wat meestal ongewenst zal zijn.

Onder het huidige recht heeft de beschrijving een geldigheidsduur van vijf maanden. Dat betekent dat er zich wijzigingen kunnen voordoen in de waarde van de inbreng tussen het moment van waardering en het moment van de daadwerkelijke inbreng. Slechts indien bekend is dat de waarde *aanzienlijk* is gedaald, is een tweede controlerende verklaring van de accountant nodig (zie de laatste zin van art. 2:204a lid 2 BW). Door het mogelijke waardeverschil, veroorzaakt door het niet samenvallen van het moment van waardering en het moment van inbreng, is uit de uitkomst van het accountantsonderzoek niet onomstotelijk vast te stellen: (1) wat nu de exacte waarde van de inbreng is op het moment dat daadwerkelijk wordt ingebracht; (2) dat met de inbreng aan de stortingsplicht op de te nemen aandelen is voldaan.²¹ Terecht wordt de vraag gesteld of deze regeling wel aan crediteuren de zekerheid biedt waarnaar zij zoeken en of de regeling de (hoge) kosten voor de BV rechtvaardigt.

De Expertgroep constateert overigens dat de termijn van vijf maanden een knelpunt vormt bij juridische splitsing, nu de akte inhoudende de splitsing binnen zes maanden na aankondiging van het splitsingvoorstel moet worden gepasseerd, en de inbrengbeschrijving een geldigheidsduur van vijf maanden heeft. Beide termijnen lopen niet synchroon, wat kan leiden tot verwarring en onduidelijkheid.

Aanbevelingen

De Expertgroep stelt voor om de beschrijving op te maken door de oprichters van de BV te handhaven. Indien het bestuur of de oprichters weten of behoren te weten dat de waarde van de daadwerkelijke inbreng lager is dan de waarde die uit de beschrijving volgt, kunnen zij worden aansproken. Deze aansprakelijkheid, overigens een hoofdelijke, is nieuw.

Het staat de oprichters vrij ter voorkoming van deze aansprakelijkheid om eventuele deskundigen, zoals een taxateur en de accountant, in te schakelen om tot een goede waardering te komen. Bij dit systeem is de verplichte verklaring van de accountant volgens de Expertgroep niet meer nodig, en zij stelt dan ook voor deze af te schaffen.

20. Zie p. 91 van het Rapport.

21. Zie Lennarts & Schutte-Veenstra, a.w., p. 27 en 28.

Voorts stelt de Expertgroep voor de geldigheidstermijn van de in de beschrijving opgenomen waardering te verlengen tot zes maanden, teneinde deze in lijn te brengen met de termijn die geldt voor de houdbaarheid van het splitsingsvoorstel, zoals hiervoor besproken.²²

Conclusie

De Expertgroep heeft met haar aanbevelingen een flinke stap voorwaarts gemaakt om het kapitaalbeschermingsrecht te flexibiliseren. De voorgestelde wijzigingen zijn ingrijpend en zullen voor de praktijk de nodige gevolgen hebben. Voor de crediteuren leiden de aanbevelingen tot het wegnemen van onduidelijkheden en, belangrijker nog, tot het wegnemen van de schijnzekerheid dat zij beschermd worden door de wet.

Er worden bestuurders en oprichters meer keuzemogelijkheden aangeboden, wat past bij de positie die zij in het bedrijfseconomische verkeer innemen. Weliswaar brengt de flexibelere wetgeving ook een grotere aansprakelijkheid voor eerdergenoemde bestuurders mee, maar ook dat past bij de functie die een bestuurder van een BV uitoefent. Het laatste zou de wetgever er niet van moeten weerhouden om het kapitaalbeschermingsrecht te herzien.

Het Nederlandse kapitaalbeschermingsrecht wordt door investeerders als een (te grote) belemmering ervaren om hun activiteiten via de rechtsvorm van de BV uit te oefenen. De flexibilisering van dit deel van ons vennootschapsrecht zal de concurrentiepositie van de BV, bijvoorbeeld ten opzichte van de Engelse Ltd, versterken, wat vanuit het bedrijfsleven van harte toe te juichen is.

Mr. E.T.M. van Veggel
NautaDutilh

22. Zie p. 92 van het Rapport.