

Wijziging kapitaalbeschermingsregels NV

Op 11 juni 2008 is de wet tot wijziging van de regels voor kapitaalbescherming voor naamloze vennootschappen in Boek 2 BW ingevoerd (hierna: de Wet).¹ De Wet is ingevoerd ter implementatie van richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie² (hierna: de Wijzigingsrichtlijn) van 6 september 2006 tot wijziging van de Tweede Richtlijn.³ De Tweede Richtlijn bevat regels ter bescherming van de belangen van zowel de deelnemers in naamloze vennootschappen als derden met betrekking tot de oprichting van een NV en de instandhouding en wijziging van haar kapitaal. Met de Wijzigingsrichtlijn zijn enkele wijzigingen en versoepelingen aangebracht in de regels voor kapitaalbescherming uit de Tweede Richtlijn.

In eerdere nummers van *V&O* zijn bijdragen gepubliceerd over het gewijzigde artikel 2:98c BW en de inkoop en inpandneming van eigen aandelen door de NV.⁴ In deze bijdrage wordt beoogd een algemeen overzicht te geven van de wijzigingen in Boek 2 BW in verband met de aanpassing van de kapitaalbeschermingsregels voor de NV. De wijzigingen betreffen aanpassing van:

1. de regels voor de inkoop van eigen aandelen;
2. de regels voor financiële steunverlening;
3. de regels voor de accountantsverklaring bij de inbreng op aandelen in natura en Nachgründungsregels; en
4. de verzetregeling van schuldeisers bij kapitaalvermindering.

Aanpassing van de mogelijkheid tot inkoop van eigen aandelen

De wettelijke regeling van de inkoop van eigen aandelen in artikel 2:98 BW heeft als doel dat het vermogen van de vennootschap niet te zeer wordt aangetast ten nadele van potentiële crediteuren en dat begunstiging van bepaalde aandeelhouders boven anderen zo veel mogelijk wordt voorkomen.⁵

Tot 11 juni 2008 bepaalde artikel 2:98 lid 2 sub b BW (oud) dat inkoop van eigen (volgestorte) aandelen door de NV slechts mogelijk was tot 10% van het geplaatste kapitaal. In de praktijk bestond echter behoefte aan een versoepeling van de maximumgrens voor de inkoop van eigen aandelen. De inkoop van eigen aandelen werd de laatste jaren vaak gebruikt ter herstructurering van het kapitaal, waardoor een teveel aan kasgeld in een onderneming werd teruggegeven

aan de aandeelhouders. De maximumgrens voor inkoop werd echter veelal omzeild door de ingekochte aandelen in te trekken of te verkopen en vervolgens opnieuw eigen aandelen in te kopen (de zogenoemde 'telescoopprocedure'). Het toepassen van dergelijke routes leidde tot vertraging van inkoopprocedures.

Met de Wet is beoogd de regels voor de inkoop van eigen aandelen te versoepelen. Met ingang van 11 juni 2008 is het maximum van 10% van het geplaatste kapitaal voor de inkoop van aandelen door niet-beursgenoteerde NV's komen te vervallen. Nu geldt als grens dat ten minste één aandeel door een ander dan de NV of een dochtermaatschappij wordt gehouden (art. 2:64 BW). De niet-beursgenoteerde NV kan dus maximaal 100% van het kapitaal minus één aandeel van haar aandelen inkopen. Deze bepaling is gelijklopend aan het voorstel voor de Flex-BV.⁶ De memorie van toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel ter uitvoering van de Wijzigingsrichtlijn geeft als reden voor het maximum van 100% van het kapitaal minus één aandeel dat het niet wenselijk is dat de verruimde mogelijkheid voor inkoop van aandelen ertoe leidt dat alle aandelen door de vennootschap zelf of door een van haar dochtermaatschappijen zouden worden gehouden.⁷ Schutte-Veenstra heeft terecht gesteld dat in het geval de vennootschap al haar aandelen zou houden, het stemrecht, verbonden aan de door de NV zelf of door de dochter gehouden aandelen, niet kan worden uitgeoefend op de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA).⁸

Voor beursgenoteerde NV's is met ingang van 11 juni 2008 een maximum van 50% van het kapitaal voor de inkoop van eigen aandelen gesteld. In het oorspronkelijke wetsvoorstel⁹ was dit maximum niet opgenomen. Kamerleden Vos en Weekers hebben naar aanleiding van de lobby van Eumedion een amendement op het wetsvoorstel ingediend, waarin een maximumgrens van 50% van het kapitaal voor de inkoop van aandelen voor beursgenoteerde NV's is opgenomen. Als toelichting voor de maximale grens van 50% van het kapitaal stelden zij dat daarmee enerzijds wordt voorkomen dat het bestuur van de vennootschap in de verleiding komt om aandelen in te kopen en deze door te plaatsen bij een bevriende partij met het oogmerk om een potentiële bieder buiten spel te zetten, dan wel anderszins de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap te beïnvloeden. Anderzijds wordt volgens de indieners van het amendement voorkomen dat een ruime inkoop van aandelen ten koste kan gaan van de benodigde interne *checks and balances* binnen een beursgenoteerde vennootschap.¹⁰ Dit amendement is aangenomen.

1. Stb. 2008, 195.

2. PbEU L 264.

3. Richtlijn 77/91/EGG.

4. A.M. Kolsters, *Inkoop en inpandneming van eigen aandelen door de NV*, *V&O* 2008, p. 174-177 en S.K.M. 't Hooft, *Het gewijzigde artikel 2:98c BW en de overnamefinanciering*, *V&O* 2008, p. 194-199.

5. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 153.

6. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2, p. 2.

7. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 7.

8. J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het NV-kapitaalbeschermingsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 101.

9. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 2.

10. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 21, p. 1.

De nieuwe regeling in artikel 2:98 lid 2 BW bepaalt dat indien de aandelen van de vennootschap zijn toegelaten op een gereguleerde markt of op een multilaterale handelsfaciliteit, het nominale bedrag van de aandelen in haar kapitaal die de vennootschap verkrijgt of in pand houdt of die worden gehouden door een dochtermaatschappij, niet meer belooft dan de helft van het geplaatste kapitaal.

Met Schutte-Veenstra ben ik van mening dat kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de beperking van de mogelijkheid tot het inkopen van aandelen door beurs-NV's.¹¹ Allereerst geldt voor beursgenoteerde vennootschappen reeds dat ten minste 25% van het geplaatste kapitaal in handen van het publiek moet blijven (het zogenoemde 'free float'-vereiste). Dientengevolge is het dus niet mogelijk dat beursgenoteerde NV's meer dan 75% van de eigen aandelen inkopen. De minister van Justitie heeft dit in de nota naar aanleiding van het verslag erkend.¹² Het bezwaar dat de inkoop van eigen aandelen kan worden gebruikt als beschermingsconstructie, is naar mijn mening onterecht. Het staat een vennootschap vrij om de inkoop van eigen aandelen te gebruiken om een aangeboden pakket aandelen in te kopen waarvan een vennootschap niet wil dat een derde die verkrijgt, indien aan de voorwaarden van artikel 2:98 BW wordt voldaan. De voorwaarden van artikel 2:98 BW en de in de jurisprudentie geformuleerde maatstaven van de toelaatbaarheid van beschermingsconstructies bieden naar mijn mening voldoende waarborgen voor de bescherming van aandeelhouders en crediteuren.

Gebonden vermogen

Naast de maximumgrens van 10% stelde artikel 2:98 lid 2 BW de voorwaarde dat de inkoop slechts mocht geschieden voor zover de vennootschap voldeed aan het 'gebondenvermogen'-vereiste. Deze voorwaarde is gehandhaafd. Artikel 2:98 lid 2 BW bepaalt dat de vennootschap de volgestorte aandelen slechts mag verkrijgen om niet of indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, niet kleiner is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de wettelijke of statutaire reserves.

Voor de geldigheid van de verkrijging op grond van artikel 2:98 lid 2 BW is bepalend de grootte van het eigen vermogen volgens de laatst vastgestelde balans, verminderd met de koopprijs voor de aandelen in het kapitaal van de vennootschap en uitkeringen uit winst of reserves aan anderen die zij en haar dochtermaatschappijen na de balansdatum verschuldigd werden (art. 2:98 lid 3 BW). Hieraan is in de Wet toegevoegd dat ook rekening moet worden gehouden met het bedrag van leningen als bedoeld in artikel 2:98c lid 2 BW, waarover hierna meer. De Wijzigingsrichtlijn verplicht hier niet toe. Nu ter uitvoering van de Wijzigings-

richtlijn echter financiële steunverlening in de vorm van leningen onder bepaalde voorwaarden wordt toegestaan, was het omwille van de consistentie van de wettelijke regeling wenselijk aan artikel 2:98 lid 3 BW toe te voegen dat bij de berekening van de ruimte voor de inkoop ook verschuldigde verplichtingen uit hoofde van leningen, die zijn verstrekt met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen of certificaten door derden, moeten worden meegerekend.

Machtiging AVA

De derde voorwaarde voor de inkoop van aandelen voor de NV is een machtiging van de AVA. Een verkrijging anders dan om niet door de NV van eigen aandelen kan slechts plaatsvinden indien en voor zover de AVA het bestuur daartoe heeft gemachtigd (art. 2:98 lid 4 BW). In de oude regeling was bepaald dat de machtiging van de AVA voor ten hoogste achttien maanden gold. Dit is met de Wet gewijzigd. Artikel 2:98 lid 4 BW bepaalt nu dat de machtiging van de AVA van niet-beursgenoteerde NV's voor ten hoogste vijf jaar geldt. Op grond van de oude regeling werd de machtiging tot de inkoop van eigen aandelen jaarlijks op de agenda van de AVA gezet. Dit is niet meer nodig, waardoor niet-beursgenoteerde NV's de machtiging van de AVA voor de inkoop van eigen aandelen minder frequent hoeven te agenderen.

Voor beursgenoteerde NV's geldt deze verruiming van de machtigingstermijn echter niet. Ook deze beperking van de verruiming lijkt te zijn ingegeven door de lobby van Eumedion en het amendement van de Kamerleden Vos en Weekers.¹³ Artikel 2:98 lid 4 BW bepaalt dat voor beursgenoteerde NV's de machtiging van de AVA voor de inkoop van eigen aandelen maximaal achttien maanden kan bedragen. De indieners stelden naar mijn mening terecht dat de maximale machtigingsperiode van achttien maanden dient te worden gehandhaafd. De samenstelling van de AVA van beursgenoteerde NV's kan snel ingrijpend veranderen, zoals de recente historie leert, zodat in het geval van een besluit over een ruime machtiging tot inkoop van eigen aandelen het standpunt van het geactualiseerde aandeelhoudersbestand zou moeten worden gevraagd. De machtigingsperiode van achttien maanden voor beursgenoteerde NV's bevordert de betrokkenheid van aandeelhouders bij de besluitvorming van de inkoop van eigen aandelen.

Statuten kunnen inkoop uitsluiten of beperken

Ten slotte is, wat betreft de regels van de inkoop van eigen aandelen door de NV, de voorwaarde gewijzigd dat het bestuur slechts tot inkoop kan overgaan indien de statuten dit toelaten. De Wijzigingsrichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om aanvullende voorwaarden te stellen aan de inkoop van eigen aandelen. De Nederlandse wetgever zag hiertoe geen aanleiding. De oude wettekst is vervangen door de bepaling dat de statuten de verkrijging door de vennootschap van eigen aandelen kunnen uitsluiten of beperken (art. 2:98 lid 4 BW). Deze

11. J.N. Schutte-Veenstra, Inperking voor beursNV's van verruimde mogelijkheid inkoop eigen aandelen, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 272.

12. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 7, p. 5.

13. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 22.

bepaling is in overeenstemming met het wetsvoorstel ter flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht.

Versoepeling verbod op *financial assistance*

De Wijzigingsrichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden met het oog op de verkrijging van hun aandelen door derden financiële steunverlening in de vorm van leningen, het stellen van zekerheden of anderszins bij NV's toe te staan. Het strenge *financial assistance*-verbod uit de Tweede Richtlijn is met de Wijzigingsrichtlijn aangepast. In de Wijzigingsrichtlijn zijn uitzonderingen geformuleerd op het verbod op *financial assistance*.

De Nederlandse wetgever heeft niet volledig gebruikgemaakt van deze mogelijkheden in de Wijzigingsrichtlijn. In overleg met de Commissie Vennootschapsrecht heeft de wetgever ervoor gekozen niet voor alle vormen van financiële steunverlening een uitzondering op het verbod te maken. Het verbod op financiële steunverlening in de vorm van het geven van een koersgarantie, het stellen van zekerheid of het zich op andere wijze sterk maken of voor anderen verbinden op grond van artikel 2:98c lid 1 BW blijft in de Nederlandse wetgeving gehandhaafd. Het *financial assistance*-verbod strekt ertoe te voorkomen dat door het verlenen van geldelijke steun aan derden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen de regels voor het nemen of verkrijgen van aandelen worden omzeild, terwijl door die steun het vermogen van de vennootschap toch risico's zou lopen.¹⁴

Onder bepaalde voorwaarden is met ingang van 11 juni 2008 het verlenen van financiële steun in de vorm van het verstrekken van leningen voor de NV toegestaan. De uitzondering op het verbod van financiële steun in de vorm van het verstrekken van leningen was voor de BV al geregeld in artikel 2:207c lid 2 BW. In verband met de flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht wordt het *financial assistance*-verbod voor de BV echter geschrapt. De reden voor afschaffing van artikel 2:207c BW is dat het een ingewikkelde bepaling is die in de praktijk tot veel onduidelijkheden heeft geleid. Voor de NV is de schrapping van het verbod niet mogelijk op grond van de bepalingen in de Tweede Richtlijn. Toch is het opmerkelijk dat de wetgever ervoor heeft gekozen voor de regeling voor de NV aansluiting te zoeken bij artikel 2:207c lid 2 BW, terwijl deze bepaling juist in verband met flexibilisering van het BV-recht wordt geschrapt.

Volgens de MvT bij de Wet is de uitzondering op het verbod beperkt tot leningen, omdat daarbij, in tegenstelling tot een koersgarantie of een zekerheidsstelling, vaststaat wat het bedrag van de steunverlening is en er een tegenprestatie van de wederpartij tegenover staat.¹⁵ Met Schutte-Veenstra¹⁶

ben ik van mening dat het onderscheid tussen leningen en het verstrekken van zekerheid kunstmatig overkomt. Het risico voor de NV dat de debiteur niet aan zijn verplichtingen kan voldoen, geldt ook voor het verstrekken van leningen. Bij het onderscheid dat de wetgever in de MvT heeft gemaakt tussen het verstrekken van zekerheid en koersgaranties aan de ene kant en het verstrekken van leningen aan de andere kant zijn dan ook meerdere kanttekeningen te plaatsen.¹⁷

In artikel 2:98c lid 2 BW zijn de voorwaarden voor het verlenen van *financial assistance* in de vorm van leningen voor de NV opgesomd. Anders dan de huidige regeling van de BV in artikel 2:207c lid 2 BW zijn voor het verlenen van financiële steun door de NV in de vorm van leningen aanvullende voorwaarden gesteld. De eerste voorwaarde is dat het verstrekken van de lening geschiedt tegen billijke marktvoorwaarden (art. 2:98c lid 2 sub a BW). Onder billijke marktvoorwaarden wordt volgens de MvT verstaan marktvoorwaarden die, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk zijn.¹⁸ Daarnaast geldt als tweede voorwaarde dat voldaan moet zijn aan de nettovermogensgrens (art. 2:98c lid 2 sub b BW). Het eigen vermogen, vermindert met het bedrag van de lening, mag niet kleiner zijn dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. De derde voorwaarde voor het verlenen van leningen is dat de betrokken partijen kredietwaardig dienen te zijn, welke kredietwaardigheid nauwgezet dient te zijn onderzocht (art. 2:98c lid 2 sub c BW). Daarbij geldt dat, indien een derde met financiële bijstand van de vennootschap aandelen verkrijgt die de vennootschap zelf in haar kapitaal houdt, ofwel aandelen neemt in het kader van kapitaalverhoging, de prijs waartegen die aandelen worden verkregen of genomen, in de omstandigheden van het geval billijk moet zijn (art. 2:98c lid 2 sub b BW). Met deze bepaling wordt volgens de MvT beoogd uitholling van het vermogen ten nadele van de overige aandeelhouders te voorkomen.¹⁹ Ten slotte stelt artikel 2:98c lid 4 BW de voorwaarde dat de vennootschap een niet-uitkeerbare reserve aanhoudt ter grootte van het bedrag van met het oog op financiële steunverlening verstrekte leningen. De omvang van de reserve moet gelijk zijn aan de totale financiële steun die door de vennootschap in de vorm van leningen is verstrekt op grond van artikel 2:98c lid 2 BW. Aan de opsomming van de wettelijke reserves in artikel 2:373 BW is met ingang van 11 juni 2008 artikel 2:98c lid 4 BW toegevoegd.

Voor iedere financiële steuntransactie is voorafgaande goedkeuring van de AVA vereist (art. 2:98c lid 5 BW). Het besluit tot goedkeuring door niet-beursgenoteerde NV's wordt genomen met een meerderheid van ten minste twee derde

14. Asser/Maeijer 2000, nr. 163.

15. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 5.

16. Schutte-Veenstra 2008, p. 102.

17. Zie hiervoor ook: 't Hooft 2008, p. 195 en Schutte-Veenstra 2008, p. 102.

18. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 17.

19. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 17.

van de uitgebrachte stemmen, indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd. Voor beursgenoteerde NV's geldt dat het besluit tot goedkeuring wordt genomen met ten minste 95% van de uitgebrachte stemmen. De 95%-eis voor de beursgenoteerde NV is in de Wet ingevoerd naar aanleiding van een amendement van Kamerlid Vos.²⁰ De invoering van een 95%-grens voor de AVA van beursgenoteerde vennootschappen is ter bescherming van de belangen van werknemers en minderheidsaandeelhouders. Met deze extra voorwaarde is echter van een versoepeling van de regels van *financial assistance* voor de beursgenoteerde NV de facto geen sprake meer.

Het bestuur is op grond van artikel 2:98c lid 6 BW verplicht om, met het oog op de voorgeschreven goedkeuring van de AVA, bij de oproeping van de AVA waarin de goedkeuring moet plaatsvinden, de aandeelhouders een rapport te verstrekken met informatie over de steunverlening en de daaraan verbonden voorwaarden en risico's. Dit rapport dient tevens binnen acht dagen na de goedkeuring door de AVA te worden gedeponeerd bij het handelsregister (art. 2:98c lid 7 BW). In artikel 2:98c lid 7 en 8 BW zijn de oude geldende uitzonderingen op het verbod van financiële steunverlening (uitzonderingen voor banken en voor werknemers die aandelen of certificaten verkrijgen) gehandhaafd. De tekst van de uitzonderingen is enigszins aangepast om ook de toegevoegde leden van artikel 2:98c BW onder de reikwijdte van die uitzonderingen te laten vallen.

De bedoeling van de aanpassing van het *financial assistance*-verbod in de Wijzigingsrichtlijn was dat er in de praktijk grote behoefte bestond aan versoepeling daarvan voor de herstructurering van kapitaal. De wijze waarop de regeling in artikel 2:98c BW thans is aangepast, leidt naar mijn mening echter niet tot een versoepeling. Naast het feit dat slechts het verstrekken van leningen – en niet, zoals de Wijzigingsrichtlijn toestaat, het verstrekken van zekerheden – onder de uitzondering van het verbod op financiële steunverlening valt, is de uitzondering op het verbod in artikel 2:98c lid 2 BW gebonden aan extra voorwaarden. Het is dan ook maar de vraag of er in de praktijk gebruik van zal worden gemaakt.

Inbreng in natura en Nachgründungsregelung: soms geen accountantsverklaring

Tot 11 juni 2008 bepaalden de artikelen 2:94a en 2:94b BW dat bij inbreng bij of na oprichting in natura een beschrijving van wat wordt ingebracht samen met een accountantsverklaring verplicht was. Met ingang van 11 juni 2008 is in de artikelen 2:94a en 2:94b lid 1 BW de termijn van de geldigheid van de beschrijving van wat wordt ingebracht verlengd van vijf naar zes maanden. De termijn van vijf maanden bleek namelijk een knelpunt te vormen bij de juridische splitsing.

20. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 20.

Daarnaast kan naar aanleiding van de invoering van de Wet onder bepaalde voorwaarden de verplichte beschrijving en de accountantsverklaring (de inbrengcontrole) achterwege blijven. Artikel 2:94a lid 3 BW geeft drie uitzonderingen voor de verplichte inbrengcontrole. De beschrijving en accountantsverklaring kunnen achterwege blijven indien wat wordt ingebracht bestaat uit:

1. inbreng van effecten of geldmarktinstrumenten als bedoeld in artikel 1:1 Wft die worden verhandeld op een gereglementeerde markt, mits deze worden gewaardeerd tegen de gewogen gemiddelde koers waartegen zij in een periode van drie maanden voorafgaande aan de dag van de inbreng zijn verhandeld op een gereglementeerde markt (art. 2:94a lid 3 sub a BW);
2. inbreng in natura, niet zijnde effecten of geldmarktinstrumenten, die in de periode van zes maanden voor de dag van de inbreng door een onafhankelijke deskundige zijn gewaardeerd (art. 2:94a lid 3 sub b BW); en
3. inbreng in natura, niet zijnde effecten of geldmarktinstrumenten, van welke de waarde wordt afgeleid uit een jaarrekening die is vastgesteld in het voorgaande boekjaar en is onderworpen aan accountantscontrole (art. 2:94a lid 3 sub c BW).

Artikel 2:94b lid 3 BW maakt het mogelijk om ook bij de uitgifte van aandelen na de oprichting voor bepaalde vormen van inbreng in natura de verplichte accountantsverklaring achterwege te laten. De hiervoor genoemde drie uitzonderingsgevallen van artikel 2:94a lid 3 BW zijn van overeenkomstige toepassing op de inbreng in natura na oprichting.

Het onderscheid tussen inbreng in natura bij oprichting en inbreng in natura na oprichting is van belang voor de personen die moeten instemmen met het achterwege laten van de beschrijving en accountantsverklaring. Bij inbreng in natura bij oprichting moet in de akte van oprichting zijn bepaald dat de verplichte inbrengcontrole niet wordt toegepast. De oprichters moeten derhalve daarmee instemmen. De notaris moet controleren of de uitzondering op de accountantsverklaring is toegelaten.²¹ Voor de inbreng in natura na oprichting geldt dat het bestuur dient te besluiten tot het afzien van de inbrengcontrole.

Alsnog beschrijving en accountantsverklaring

Ten aanzien van de inbreng van effecten of geldmarktinstrumenten van categorie 1 geldt dat, indien vóór de oprichting bekend is dat de koers is beïnvloed door nieuwe bijzondere omstandigheden die ertoe leiden dat de waarde van de inbreng aanzienlijk is gewijzigd, alsnog een beschrijving van de oprichters en een accountantsverklaring is vereist (art. 2:94a lid 4 BW). Hieronder valt tevens de situatie waarin de markt voor die effecten of geldmarktinstrumenten niet meer liquide is. Artikel 2:94a lid 4 BW ziet op iedere aanzienlijke wijziging van de koers

21. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 4.

van de ingebrachte effecten, waaronder dus ook een stijging.²² Tot de oprichting zijn de oprichters verplicht om bij nieuwe bijzondere omstandigheden alsnog zorg te dragen voor een beschrijving met accountantsverklaring. Indien de inbreng na oprichting geschiedt en in de periode tussen de oprichting en de inbreng bekend wordt dat er zich nieuwe bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 2:94a lid 4 BW hebben voorgedaan, dan is het bestuur verplicht om alsnog een beschrijving op te maken waarover een accountantsverklaring dient te worden afgelegd.

Bij inbreng in natura na oprichting moet het bestuur, wanneer vóór de inbreng bekend is geworden dat zich nieuwe bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan, alsnog een beschrijving opmaken waarover een accountantsverklaring als bedoeld in artikel 2:94a lid 2 BW moet worden afgelegd (art. 2:94b lid 3 BW).

Publicatievereisten

Indien voor de inbreng in natura bij de oprichting van de uitzonderingsgevallen gebruik wordt gemaakt, dient de vennootschap binnen een maand na de dag van de inbreng bij het handelsregister een door de oprichters te ondertekenen verklaring te deponeren, waarin de inbreng wordt beschreven (art. 2:94a lid 5 BW).

Artikel 2:94b lid 4 BW bepaalt voor de inbreng in natura na oprichting dat de vennootschap uiterlijk op de achtste dag voor de dag van de inbreng een aankondiging dient te deponeren bij het handelsregister met informatie over de inbreng in natura. Binnen een maand na de dag van de inbreng moet de vennootschap bij het handelsregister een verklaring neerleggen waarin wordt vermeld dat zich in de periode tussen de hiervoor beschreven aankondiging en de inbreng geen nieuwe bijzondere omstandigheden ten aanzien van de waardering hebben voorgedaan (art. 2:94b lid 4 BW).

Indien de beschrijving en accountantsverklaring achterwege blijven, omdat er reeds een verklaring van een deskundige is of waardering aan de hand van een jaarrekening heeft plaatsgevonden (de hiervoor genoemde uitzonderingsgronden 1 en 2), en er zich nieuwe bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die zouden leiden tot een aanzienlijke wijziging van de waarde, en het bestuur geen herwaardering uitvoert, kunnen houders van aandelen die ten minste 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, het bestuur verzoeken alsnog een beschrijving op te stellen waarover een accountantsverklaring wordt afgelegd (art. 2:94b lid 5 BW).

Aansprakelijkheid bestuurders

In verband met de wijziging in artikel 2:94a BW is ook artikel 2:69 BW aangepast. Artikel 2:69 BW legt aan bestuurders de verplichting op de vennootschap in te doen schrijven in het handelsregister en documenten die verband houden met de oprichting bij het handelsregister neer te leggen. In artikel 2:69 lid 2 BW is bepaald dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor rechtshandelingen verricht in het tijdvak voordat het gestorte deel van het geplaatste kapitaal ten minste het minimumkapitaal bedraagt en voordat op het bij de oprichting geplaatste kapitaal ten minste een vierde van de nominale waarde is gestort. Naar aanleiding van overleg met de Commissie Vennootschapsrecht is de wet aangepast en bepaalt artikel 2:69 BW thans dat deze aansprakelijkheid niet geldt indien het bestuur alsnog is overgegaan tot toepassing van de inbrengcontrole en onverwijld daarna de stortingen heeft opgevraagd die nodig zijn om wel aan deze stortingsvereisten te kunnen voldoen.²³

Nachgründungsregels en splitsing

De uitzonderingsmogelijkheden op de inbrengcontrole zijn van overeenkomstige toepassing verklaard op de Nachgründungsregeling in artikel 2:94c BW. Indien een rechtshandeling plaatsvindt met toepassing van artikel 2:94b lid 3 BW, dan kan deze niet worden vernietigd wegens het ontbreken van de accountantsverklaring als bedoeld in artikel 2:94c lid 3 BW.

Met de wetwijziging per 11 juni 2008 zijn de artikelen 2:94a en 2:94b BW in het kader van een splitsing ook van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van de door een verkrijgende NV toegekende aandelen (art. 2:334bb BW). De nieuwe uitzonderingsgevallen voor het achterwege blijven van een verplichte beschrijving en accountantsverklaring zijn op de splitsing echter niet van toepassing.

Aanpassing verzetregeling voor schuldeisers bij kapitaalvermindering

De laatste wijziging in Boek 2 BW met ingang van 11 juni 2008 is de verzetprocedure van schuldeisers in artikel 2:100 lid 3 BW bij kapitaalvermindering. Aan artikel 2:100 lid 3 BW is de bepaling toegevoegd dat de rechter een verzoek bij de rechtbank tegen het besluit tot kapitaalvermindering moet afwijzen indien de verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat als gevolg van de kapitaalvermindering twijfel omtrent de voldoening van zijn vordering gewettigd is, en dat de vennootschap onvoldoende waarborgen heeft gegeven voor de voldoening van zijn vordering. De bewijslast ligt dus bij de schuldeiser. De bedoeling van deze toevoeging is te voorkomen dat onnodige vertraging ontstaat wanneer schuldeisers zonder legitieme reden om zekerheid zouden vragen.²⁴

22. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 10.

23. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 8.

24. Kamerstukken II 2007/08, 31 220, nr. 3, p. 19.

Slot

Anders dan de aankomende wijziging van de regels voor de BV, zijn de wijzigingen in Boek 2 BW voor de NV als gevolg van de uitvoering van de Wijzigingsrichtlijn slechts beperkt. Weliswaar zijn per 11 juni 2008 de regels voor de inkoop van eigen aandelen versoepeld, kan de accountantsverklaring in sommige gevallen achterwege blijven en is financiële steunverlening (onder beperkte voorwaarden) toegestaan, toch valt te betreuren dat er niet een bredere flexibilisering van het NV-recht heeft plaatsgevonden binnen de grenzen van de Wijzigingsrichtlijn.

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

*Mr. M. Gungormez
Stibbe*