

C/M/S/ Derks Star Busmann

Consultatie derde tranche
voorontwerp vereenvoudiging
en flexibilisering B.V.-recht

Inleiding

CMS Derks Star Busmann N.V. heeft met belangstelling kennisgenomen van de derde tranche van het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en de notitie invoering aandelen zonder nominale waarde. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid daarop een reactie te geven. Eerst zullen wij ingaan op de belangrijkste wijzigingen. Vervolgens zullen wij een aantal artikelen van het voorstel van commentaar voorzien en ten slotte geven wij onze mening omtrent de invoering van aandelen zonder nominale waarde.

Werkgroep

- Martijn van der Bie, auteur
- Paulus van den Bos
- Maartje Dapperen
- Cars-Jan van Gool
- Jurjen de Groot
- Loes Lennarts
- Mark Mathijssen
- Harriët van Zenderen

Bespreking belangrijkste wijzigingen

De belangrijkste wijzigingen betreffen de afschaffing van het minimumkapitaal en de invoering van een liquiditeitstest en een vereenvoudigde balanstest voor alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders in samenhang met aansprakelijkheidssancties voor het bestuur.

Wij ondersteunen de afschaffing van de regels met betrekking tot

het minimumkapitaal en de andere regels voor het bijebrengen van het vermogen, die naar onze mening geen adequate bescherming bieden voor schuldeisers. Met name het vervallen van de artikelen 204c en 207c wordt door ons als een grote verbetering gezien. Deze artikelen zorgen thans voor onnodige lasten voor het bedrijfsleven.

Wij merken op dat volgens ons de arresten HR 24 maart 2000, NJ 2000, 354, WTN, en HR 11 juli 2003, NJ 2003, 630, Bas-C, ook onder het voorstel van belang blijven bij het beoordelen van de realiteit van stortingen op aandelen. In de memorie van toelichting zou daaraan kort aandacht kunnen worden besteed.

Bij de regels voor uitkeringen aan aandeelhouders en de daarmee verbandhoudende aansprakelijkheid willen wij graag een aantal kanttekeningen plaatsen. Deze regels zijn van toepassing bij inkoop van aandelen, kapitaalvermindering en uitkering van winst of reserves, zie onderscheidenlijk artikel 207 leden 2 en 3, artikel 209, en artikel 216 leden 2 en 3. Wij behandelen de problematiek aan de hand van artikel 216 leden 2 en 3. Hetgeen daaromtrent hierna wordt opgemerkt, geldt mutatis mutandis ook voor artikel 207 leden 2 en 3 en artikel 209.

Ingevolge artikel 216 lid 2 eerste zin kan een besluit tot uitkering van winst of reserves niet worden genomen zonder de instemming van het bestuur. Wij zijn van mening dat deze bepaling aansluit bij de bestuurstaak, waartoe ook het tot stand brengen en handhaven

van een goede liquiditeitspositie kan worden gerekend.

In het wetsvoorstel is gekozen voor een liquiditeitstest die bestaat uit een balanstest en een liquiditeitstest in enge zin. De liquiditeitstest is opgenomen in de tweede zin van artikel 216 lid 2 die bepaalt dat het bestuur zijn instemming dient te weigeren indien (i) het eigen vermogen van de vennootschap, verminderd met wettelijke en statutaire reserves, negatief is of door de uitkering negatief zou worden, of (ii) voor zover naar het oordeel van het bestuur de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De keuze voor de liquiditeitstoets achten wij als uitgangspunt juist.

De balanstest is een vereenvoudigde test en moet betrekking hebben op de datum van de uitkering. Volgens de memorie van toelichting zullen uitkeringen in veel gevallen plaatsvinden na het vaststellen van de jaarrekening. Over de omvang van het eigen vermogen zal dan geen discussie bestaan. Die opvatting is wat kort door de bocht. Veelal zijn tussen het einde van het boekjaar en het vaststellen van de jaarrekening enkele maanden verstreken, waarin mutaties in het eigen vermogen kunnen hebben plaatsgevonden. Het bestuur zal dan ook steeds moeten beoordelen of hij wenst over te gaan tot het opmaken van een tussentijdse vermogensopstelling, maar verplicht is hij daartoe kennelijk niet.

Indien het bestuur wenst over te gaan tot het opmaken van een tussentijdse vermogensopstelling,

loopt hij tegen artikel 216 lid 3 aan dat bepaalt dat de balanstest betrekking moet hebben op de datum van de uitkering, althans, dat begrijpen wij uit de tekst van het voorstel. Dat zal in de meeste gevallen praktisch niet haalbaar zijn. Volgens ons zou dan ook uit oogpunt van flexibiliteit overwogen kunnen worden te bepalen dat de balanstest betrekking moet hebben op een datum die niet eerder ligt dan bijvoorbeeld drie maanden voor de uitkering, aangevuld met de bepaling dat indien bekend is dat het eigen vermogen na de balanstest aanzienlijk is gedaald, een tweede balanstest is vereist. Voor wat betreft de houdbaarheidstermijn van drie maanden verwijzen wij naar de artikelen 105 lid 4 en 313 lid 2. Voor wat betreft de tweede balanstest verwijzen wij naar de laatste zin van het thans geldende artikel 204a lid 2.

De liquiditeitstest in enge zin is nieuw en roept enkele vragen op. De tekst sluit weliswaar aan bij die van artikel 214 Fw, maar zij bevat naar onze mening een weinig duidelijk criterium voor het bestuur. Zo is het de vraag binnen welke termijn de vennootschap haar opeisbare schulden moet kunnen voldoen en hoe ver het bestuur bij het vormen van zijn oordeel vooruit moet kijken. In de memorie van toelichting zou volgens ons meer aandacht moeten worden besteed aan de liquiditeitstest in enge zin teneinde een en ander te verduidelijken.

Naar onze mening zullen met name bestuurders van vennootschappen met een minder goede liquiditeitspositie zich bij de liquiditeitstest

graag willen laten adviseren door een accountant of andere deskundige, gezien de dreiging van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit brengt voor die vennootschappen de nodige lasten met zich.

Bestuurders zijn tegenover de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk indien zij overgaan tot uitkering terwijl zij wisten of behoorden te weten dat het eigen vermogen van de vennootschap, verminderd met wettelijke en statutaire reserves, negatief was of dat door de uitkering negatief is geworden, of de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Aldus wordt in Boek 2 een nieuw aansprakelijkheidsregime gecreëerd.

Wij plaatsen de kanttekening dat aansprakelijkheid ingevolge artikel 216 lid 3 intreedt indien de bestuurders ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de in dat lid bedoelde omstandigheden zich voordoen. Tussen het verlenen van instemming, het besluit tot uitkering en het feitelijk doen van de uitkering kan tijd verstrijken. Een eenmaal verleende instemming is niet altijd gemakkelijk weer in te trekken. Overwogen zou ook kunnen worden te bepalen dat de wetenschap van de bestuurders in beginsel moet worden beoordeeld naar het moment van het verlenen van de instemming.

De wetenschap dat het eigen vermogen van de vennootschap, verminderd met wettelijke en statutaire reserves, negatief was of door de uitkering negatief is geworden, of de vennootschap na de uitkering

niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, wordt vermoed aanwezig te zijn indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van een uitkering in staat van faillissement wordt verklaard. In dergelijke gevallen wordt de bewijslast aldus omgekeerd. De bestuurder die kan aantonen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk. Het zal niet al te makkelijk zijn voor een bestuurder om zich te disculperen. Zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat het inroepen van een deskundige de bestuurder niet ontslaat van de eigen verantwoordelijk met betrekking tot de liquiditeitstest.

De aansprakelijkheid van de bestuurders ingevolge artikel 216 lid 3 geldt voor het gehele bedrag van de uitkeringen. Wij zijn van mening dat dit te ver gaat. Volgens ons zou de aansprakelijkheid moeten gelden voor het bedrag dat teveel is uitgekeerd danwel het bedrag van de schade met als maximum het bedrag van de uitkeringen.

Artikel 216 lid 3 bepaalt vervolgens dat de aandeelhouder of andere winstgerechtigde gehouden is tot terugbetaling van de uitkering indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering failliet wordt verklaard. Hierbij willen wij de volgende kanttekeningen plaatsen. In de eerste plaats komt het ons voor dat in geval van faillissement binnen een jaar na de uitkering de curator namens de vennootschap het bedrag van de

uitkering zowel bij de bestuurders als bij de aandeelhouder of andere winstgerechtigde kan proberen te halen. Aldus lijkt de mogelijkheid te bestaan dat de curator er in slaagt twee maal het bedrag van de uitkering terug te halen. Althans, niet blijkt dat de bestuurders een recht van regres hebben jegens de aandeelhouder of andere winstgerechtigde. Wellicht is dit alles niet zo bedoeld. Wij zijn van mening dat indien het bedrag door de aandeelhouder of andere winstgerechtigde is terugbetaald, de curator niet de mogelijkheid moet hebben de bestuurders alsnog aansprakelijk te stellen voor het bedrag van de uitkering. Bovendien zou, indien de voorgestelde regeling in zijn grondvorm wordt gehandhaafd, aan bestuurders die aansprakelijk zijn gesteld een recht van regres moeten toekomen jegens de aandeelhouder of andere winstgerechtigde die de uitkering heeft ontvangen. In de tweede plaats lijkt het gevolg van artikel 216 lid 3 te zijn dat de uitkering gedurende een jaar voorwaardelijk is. Wij kunnen ons voorstellen dat bestuurders ter voorkoming of beperking van hun aansprakelijkheid onder omstandigheden van de aandeelhouder die de uitkering zal ontvangen zullen verlangen dat hij zekerheid stelt voor de eventuele terugbetalingsverplichting, bijvoorbeeld door het stellen van een bankgarantie.

Wij vragen ons af of het opnemen van een nieuw aansprakelijkheidsregime, zoals dat is neergelegd in onder meer artikel 216 lid 3, wenselijk is. Met name de omkering van de bewijslast in geval de vennootschap binnen een jaar na

de uitkering failliet gaat, kan bestuurders in een wel erg lastige positie brengen. Bestuurders zullen meer dan voorheen een al dan niet statutaire vrijwaring wensen en verzekeringslasten zullen mogelijk omhoog gaan. Wij vinden dat er meer bescherming zou moeten worden geboden aan bestuurders en overwogen inpassing van het voorgestelde regime in het huidige aansprakelijkheidsregime.

Thans kennen wij onder meer externe aansprakelijkheid van bestuurders uit hoofde van onrechtmatige daad en de artikelen 248 en 249 en interne aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 9. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat het handelen van bestuurders bij het doen van uitkeringen getoetst wordt aan een algemene wettelijke zorgvuldigheidsnorm. Het verlenen van instemming aan een besluit tot uitkering op basis van een verklaring van een accountant of andere deskundige omtrent de liquiditeits-test, zou voor bestuurders in beginsel een disculpatiegrond moeten opleveren. Verder achten wij het in dit kader verdedigbaar dat onzorgvuldig handelen van bestuurders bij het verlenen van de instemming intern onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 9 zou moeten kunnen opleveren of kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 248 en extern een onrechtmatige daad. Vergelijk in dit verband ook HR 8 november 1991, NJ 1992/174, Nimox.

Ten slotte geldt voor de verkrijging van eigen aandelen dat in 207 lid 2 niet is vastgelegd dat de instemming van het bestuur is vereist, hetgeen wel het geval is bij kapi-

taalvermindering en uitkering van winst of reserves, zie onderscheidenlijk artikel 209 lid 1 en artikel 216 lid 2. Volgens de memorie van toelichting is de reden daarvan dat verkrijging van eigen aandelen, anders dan kapitaalvermindering en uitkering van winst of reserves, een bestuurshandeling is. Wij zien geen goede reden voor het maken van onderscheid; bij verkrijging van eigen aandelen is de aandeelhouder zelf immers actief betrokken. Op hem zou ook de terugbetalingsverplichting kunnen rusten.

Artikel 175 lid 1

De bepaling dat geen aandeelbewijzen mogen worden uitgegeven, is geschrapt. Een aandeel in een B.V. is een recht op naam voor levering waarvan de vereisten van artikel 196 gelden. Dit wordt niet anders indien aandeelbewijzen mogen worden uitgegeven. Het is niet ondenkbaar dat aandeelbewijzen in het handelsverkeer worden gezien als toonderstukken die de aandelen zelf belichamen, voor levering waarvan slechts bezitsverschaffing is vereist. De mogelijkheid aandeelbewijzen uit te geven is naar onze mening van weinig betekenis. De bepaling dat geen aandeelbewijzen mogen worden uitgegeven, behoeft dan ook niet te worden geschrapt.

De derde zin van artikel 175 lid 1 bepaalt dat bij de oprichting ten minste één aandeel bij een derde wordt geplaatst. Het begrip 'derde' is onduidelijk. Bedoeld wordt dat bij de oprichting ten minste één aandeel bij een ander dan de vennootschap zelf wordt geplaatst. Artikel 205 bepaalt dat de vennootschap

geen eigen aandelen kan nemen. De derde zin zou naar onze mening dan ook kunnen volstaan met de bepaling dat bij de oprichting ten minste één aandeel wordt geplaatst.

Artikel 178 lid 2

De statuten dienen in ieder geval het bedrag van de aandelen van het kapitaal van de vennootschap alsook de soort of aanduiding daarvan te vermelden. Het begrip 'maatschappelijk kapitaal' zou volgens ons kunnen worden afgeschaft. In plaats daarvan zou kunnen worden gesproken van het 'kapitaal van de vennootschap'.

De bepaling dat het bedrag van het maatschappelijk kapitaal moet worden vermeld en de bepaling dat van het maatschappelijk kapitaal ten minste een vijfde gedeelte moet zijn geplaatst hebben geen relevante betekenis en beperken bovendien de inrichtingsvrijheid van de oprichters en aandeelhouders van de vennootschap. Zulks is volgens ons aanleiding de regelingen af te schaffen. Wel moet volgens ons de mogelijkheid blijven bestaan in de statuten te bepalen voor welk bedrag de vennootschap maximaal aandelen kan uitgeven zonder dat de statuten behoeven te worden gewijzigd.

Artikel 180

In het handelsverkeer vormt de bepaling dat bestuurders aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat de opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister is geschied,

een belemmering. Te denken valt aan het geval waarin de vennootschap onmiddellijk na haar oprichting betrokken is bij een transactie. Is de aansprakelijkheid eenmaal ontstaan, dan kan zij niet meer worden beëindigd. De aansprakelijkheid voor rechtshandelingen verricht namens de vennootschap in oprichting wordt evenwel beëindigd door bekrachtiging na oprichting. Er is ons inziens geen reden ten aanzien van beide gevallen een onderscheid te maken. Wij zijn dan ook van mening dat met betrekking tot de aansprakelijkheid voor rechtshandelingen verricht in het tijdvak voordat de opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister is gedaan, in de mogelijkheid tot beëindiging van deze aansprakelijkheid moet worden voorzien. Verder zou overwogen kunnen worden de aansprakelijkheid te laten intreden indien opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister niet binnen acht dagen na de oprichting is geschied. Voor wat betreft de termijn van acht dagen kan worden aangesloten bij onder meer de termijn van artikel 96 lid 3 en 105 lid 4 laatste zin.

Met de afschaffing van de accountantsverklaring bij inbreng wordt ingevolge artikel 180 lid 1 neerlegging van de beschrijving bij het handelsregister verplicht gesteld. Een beschrijving is veelal meer dan een balans en kan concurrentiegevoelige informatie bevatten waarvan openbaarmaking niet altijd gewenst is. Bovendien zal er onder omstandigheden aanleiding zijn transacties zodanig te structureren dat de publicatieplicht wordt ontlopen. De bepaling mist dan het gewenste effect. Wij achten het

niet wenselijk een beschrijving ten kantore van het handelsregister neer te leggen en stellen voor deze verplichting te schrappen. Tegen het aanhechten van de beschrijving aan de akte van oprichting of uitgifte hebben wij geen bezwaar.

Artikel 182

Artikel 182 lid 3 bepaalt dat iedere schuldeiser binnen twee maanden na de aankondiging van een besluit tot omzetting in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, tegen het besluit in verzet kan komen. De verzetsprocedure stemt in grote lijnen overeen met die bij fusie en splitsing. Het is echter onduidelijk waarom de termijn twee maanden is bij omzetting en één maand bij fusie en splitsing. Vanuit wetsystematisch oogpunt verdient het ons inziens aanbeveling om deze termijn ook op één maand te stellen. Samenloop met de termijn van twee maanden in het thans geldende artikel 209 lid 3 is niet nodig, aangezien dit komt te vervallen. Dit is een goede kans om de bestaande incongruentie die thans tussen artikel 209 lid 3 enerzijds en de artikelen 316 lid 2 en 334I lid 1 anderzijds bestaat, recht te trekken.

Artikel 191

In het wetsvoorstel dienen storting en inbreng op aandelen niet langer als waarborg voor schuldeisers. Met de afschaffing van het minimumkapitaal kunnen oprichters van een vennootschap kiezen voor een aanvangskapitaal van één eurocent. De verplichting dat bij het nemen van het aandeel ten minste een vierde van het nominale be-

drag moet worden gestort verliest daardoor zijn betekenis en beperkt bovendien de inrichtingsvrijheid van de oprichters en aandeelhouders van de vennootschap. Zulks is volgens ons aanleiding deze verplichting af te schaffen.

Artikel 191b

Het verbod op het inbrengen van arbeid en diensten wordt afgeschaft. Wij zijn van mening dat in de praktijk bij inbreng van arbeid en diensten waarderingsproblemen zullen ontstaan. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de inbrenger zijn verplichting tot het verrichten van arbeid en diensten niet nakomt of, door welke oorzaak ook, in het geheel niet kan nakomen. Wij wijzen in dit verband ook op 204a lid 2 van het voorstel en de problematiek van de verplichting tot bijstorting. Ten slotte is uitwinning van het recht op het verrichten van arbeid en diensten door een schuldeiser niet goed denkbaar.

Ter zake van inbreng van arbeid en diensten wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat inbreng van goodwill en know how thans wel mogelijk is en dat derhalve inbreng van arbeid en diensten ook mogelijk zou moeten zijn. Slechts een vergelijking tussen persoonlijke goodwill en een recht op het verrichten van arbeid en diensten komt ons juist voor. Inbreng van persoonlijke goodwill achten wij thans niet mogelijk. Inbreng van zakelijke goodwill komt ons evenmin juist voor. Zakelijke goodwill kan gebruikelijk niet worden aangemerkt als een goed dat voor inbreng vatbaar is; het maakt deel uit van een samenstel van goederen

dat een onderneming vormt en is daarmee onlosmakelijk verbonden. Zakelijke goodwill komt tot uitdrukking in de waardering van hetgeen wordt ingebracht.

In de memorie van toelichting wordt overigens in dit kader nog opgemerkt dat de vennootschap van de aandeelhouder kan verlangen dat hij een bankgarantie stelt of dat hij ter afdekking van de risico's een verzekering sluit met de vennootschap als begunstigde. Uit oogpunt van crediteurenbescherming is deze opmerking volgens ons van weinig betekenis; het gaat niet om een afdwingbare verplichting en wij vragen ons af of er in de praktijk wel gebruik van zal worden gemaakt. Met betrekking tot eenpersoonsvennootschappen zal dat volgens ons in elk geval niet of nauwelijks het geval zijn.

Het verbod op het inbrengen van arbeid en diensten dient volgens ons aldus te worden gehandhaafd in het belang van de schuldeisers. De kapitaalbeschermingsregels geven daartoe aanleiding. Dat maakt inbreng van arbeid en diensten in een kapitaalvennootschap wezenlijk anders dan inbreng in een personenvennootschap.

Vervallen artikel 203a

De meerwaarde van de bankverklaring is volgens ons, gezien de recente jurisprudentie en de gang van zaken in de praktijk, gering. Afschaffing van de bankverklaring komt volgens ons de vereenvoudiging en flexibiliteit van het B.V.-recht ten goede.

Artikel 204a

Hiervoor hebben wij betoogd dat de verplichting tot het neerleggen van een beschrijving ten kantore van het handelsregister dient te worden geschrapt. In verband hiermee dient ons inziens de laatste zin van artikel 204a lid 1, inhoudende dat de vennootschap de beschrijving te haren kantore ter inzage dient te leggen voor de houders van aandelen of van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen, te worden gehandhaafd.

Afschaffing van de accountantsverklaring is in lijn met de afschaffing van artikel 203a en komt volgens ons de vereenvoudiging en flexibilisering van het B.V.-recht ten goede.

Indien blijkt dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht lager is dan het bedrag van de stortingsplicht, is de houder van het aandeel waarop de inbreng plaatsvindt jegens de vennootschap gehouden om het waardeverschil onverwijld ten titel van storting in geld te voldoen. Wij zijn van mening dat een additionele storting ook in natura zou moeten kunnen geschieden, indien de inbrenger en de vennootschap zulks overeenkomen en ter zake een nieuwe beschrijving wordt opgemaakt.

Van belang is te constateren dat in het geval de waarde van hetgeen wordt ingebracht lager is dan het bedrag van de stortingsplicht, uit de tekst van artikel 204a lid 2 valt op te maken dat de aandelen niet zijn volgestort. In geval van overdracht van de aandelen geldt derhalve artikel 199. Bovendien kunnen niet

volgestorte aandelen ingevolge artikel 207 niet worden ingekocht. Ten slotte geldt ten aanzien van de stortingsplicht in beginsel de verjaringstermijn van vijf jaren in artikel 3:307 lid 1 BW. Het is de vraag of dit alles wenselijk is in verband met de rechtszekerheid. Het is van belang op enig moment met zekerheid te kunnen vaststellen of de aandelen daadwerkelijk zijn volgestort. Denkbaar is een systeem waarin de aandelen hebben te gelden als volgestort indien aan de vereisten van artikel 204 lid 1 is voldaan, aangevuld met een verplichting van de houder van het aandeel waarop de inbreng plaatsvindt jegens de vennootschap om, voor het geval de waarde van hetgeen wordt ingebracht lager blijkt te zijn dan het bedrag van de stortingsplicht, het waardeverschil onverwijld in geld of natura te voldoen.

Artikel 204b

Wij verwijzen naar onze opmerkingen bij artikel 204a.

Vervallen artikel 204c

Artikel 204c vormt in de praktijk een lastig obstakel waarvan de effectiviteit twijfelachtig is. De bepaling kan eenvoudig worden ontboden. Wij menen dat crediteuren voldoende bescherming kunnen ontnemen aan het thans geldende aansprakelijkheidsrecht en vinden afschaffing van artikel 204c een goede zaak.

Artikel 207

Artikel 207 lid 2 bepaalt dat de vennootschap volgestorte eigen aandelen slechts mag verkrijgen om niet of voor zover (...) en dat na de verkrijging nog ten minste één aan-

deel bij een derde is geplaatst. De bepaling dat verkrijging van aandelen in strijd met artikel 207 lid 2 nietig is, blijft echter gehandhaafd. Blijkens de memorie van toelichting treedt de nietigheid alleen in bij strijdigheid met de formele eisen van artikel 207 lid 2. Op het eerste gezicht lijkt slechts de enige formele eis te zijn dat na de verkrijging ten minste één aandeel bij een derde is geplaatst. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat indien het eigen vermogen volgens de balansstest verkrijging niet toelaat, ook sprake is van nietigheid, terwijl dat niet het geval is ten aanzien van het liquiditeitsoordeel van het bestuur, wat wordt gesanctioneerd met aansprakelijkheid. Wij vragen ons af of in het geval de verkrijging nietig is, dit ook aansprakelijkheid van het bestuur tot gevolg heeft. Volgens ons zou dat niet het geval moeten zijn. De vennootschap heeft in dat geval immers een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op de verkopende aandeelhouder. Het zou goed zijn indien de memorie van toelichting op dit punt wordt verduidelijkt. Meer in het algemeen merken wij hier nog op dat naar onze mening de bewoordingen van wetsbepalingen een duidelijker onderscheid zouden moeten maken tussen niet mogen, met vernietigbaarheid als gevolg, en niet kunnen, met nietigheid als gevolg.

De laatste zin van artikel 207 lid 2 bepaalt dat na een verkrijging nog ten minste één aandeel bij een derde is geplaatst. Ook hier geldt dat het begrip 'derde' onduidelijk is. De laatste zin zou naar onze mening dan ook kunnen volstaan met de bepaling dat na een verkrijging

nog ten minste één aandeel bij een ander dan de vennootschap is geplaatst.

Artikel 207 lid 4 bepaalt ten slotte dat de statuten de verkrijging van eigen aandelen aan nadere voorwaarden kunnen onderwerpen. Er kan derhalve voor worden gekozen de eis van machtiging van de algemene vergadering van aandeelhouders, zoals die thans geldt, in de statuten op te nemen. De vraag doet zich voor of een inkoop waarvoor geen machtiging is verleend leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de inkoop. Wij zijn van mening dat het wenselijk is dat de wetgever zich hierover uitspreekt.

Artikel 207a

Wij verwijzen met betrekking tot artikel 207a lid 2 naar hetgeen wij bij artikel 207 in de eerste alinea hebben opgemerkt.

Vervallen artikel 207c

Artikel 207c werkt beklemmend. Transacties worden vaak zodanig gestructureerd dat toepassing van het artikel wordt ontlopen. Afschaffing van de bepaling leidt tot meer flexibiliteit en is volgens ons een goede zaak.

Artikel 207d

De wijziging van artikel 207d lid 1 komt er op neer dat voor de verkrijging van aandelen door een dochtermaatschappij de instemming van het bestuur van de vennootschap is vereist, hetgeen naar huidig recht niet het geval is. Deze wijziging is nodig om artikel 207d in overeenstemming te brengen met artikel 207. Dat voor de verkrij-

ging door de dochtermaatschappij de instemming van het bestuur van de vennootschap vereist is, komt ons logisch voor gezien de mogelijkheid van aansprakelijkheid ingevolge artikel 207d lid 1 juncto 207 lid 3. Wij volstaan ten slotte met de opmerking dat het kan voorkomen dat het bestuur zijn instemming weigert terwijl daar op grond van de liquiditeitstest geen aanleiding toe is. In de praktijk zou dit tot de nodige geschillen kunnen leiden.

Artikel 208

De laatste zin van artikel 208 lid 1 bepaalt dat na een intrekking nog ten minste één aandeel bij een derde is geplaatst. Ook hier zou naar onze mening kunnen worden volstaan met de bepaling dat na een verkrijging nog ten minste één aandeel bij een ander dan de vennootschap is geplaatst.

Ingevolge de laatste zin van artikel 208 lid 2 kunnen ook 'losse' aandelen worden ingetrokken, mits met instemming van de betrokken aandeelhouders. Wij vinden dit een verbetering. In de memorie van toelichting wordt overigens abusievelijk vermeld dat deze regeling in lid 3 is opgenomen.

In de leden 3 en 4 wordt in overeenstemming met artikel 189a van het wetsvoorstel verwezen naar aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, hetgeen een einde maakt aan de onzekerheid of intrekking van aandelen met een bepaalde letter mogelijk is waarvan twijfelachtig is of zij kwalificeren als aandelen van een bepaalde soort.

Artikel 209

Wij verwijzen met betrekking tot artikel 209 naar hetgeen wij bij de behandeling van de belangrijkste wijzigingen hebben opgemerkt omtrent de omvang van het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld.

Artikel 216

Artikel 216 lid 7 introduceert de mogelijkheid van winstrechtloze aandelen. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat indien er één aandeel bij een derde is geplaatst, dit derhalve ook een winstrechtloos aandeel kan zijn en omdat aan het aandeel altijd ten minste één stem is verbonden, de aandeelhouder te allen tijde kan besluiten om weer winstrechten aan het aandeel toe te kennen. Wij maken uit de tekst van artikel 216 lid 7 en de memorie van toelichting op dat het niet de bedoeling is dat de vennootschap slechts winstrechtloze aandelen kent. In de praktijk kan daaraan wel behoefte bestaan, bijvoorbeeld binnen non-profitorganisaties. Indien men een vennootschap zonder winstoogmerk wenst op te richten, zal het geplaatste kapitaal aldus naast winstrechtloze aandelen in ieder geval ook uit winstdelende aandelen moeten bestaan. Vervolgens zouden de winstdelende aandelen moeten worden ingekocht om te bewerkstelligen dat de vennootschap geen winst kan uitkeren. Deze procedure is wat omslachtig maar zal in de praktijk onherroepelijk gaan voorkomen. Volgens ons zou artikel 216 lid 7 meer algemeen kunnen regelen dat bij de statuten kan worden bepaald dat aandelen geen recht geven tot de-

ling in de winst of de reserves van de vennootschap.

Notitie aandelen zonder nominale waarde

In de notitie aandelen zonder nominale waarde wordt ingegaan op de vraag of de wetgever met de afschaffing van het minimumkapitaal en de invoering van de liquiditeitstest tevens zou moeten voorzien in de mogelijkheid van invoering van aandelen zonder nominale waarde.

De nominale waarde is thans in de eerste plaats bepalend voor de omvang van de stortingsplicht. Deze functie van de nominale waarde zou naar onze mening kunnen vervallen.

In de tweede plaats dient de nominale waarde als rekeneenheid voor stemrecht, quorumvragen en uitkeringen. De nominale waarde heeft in de praktijk als rekeneenheid zijn dienst bewezen. Afschaffing van die functie achten wij dan ook niet noodzakelijk, mede in het licht van de voorgestelde wijziging van artikel 228. Wij geven toe dat invoering van aandelen zonder nominale waarde zal leiden tot een flexibeler B.V.-recht; van een vereenvoudiging zal echter geen sprake zijn omdat het handhaven van een systeem waarin kan worden gekozen tussen aandelen met of aandelen zonder nominale waarde meer complexe wetgeving vergt.

Wij zijn van mening dat de voordelen van invoering van aandelen zonder nominale waarde op korte termijn niet opwegen tegen de inspanningen die moeten worden

geleverd om aandelen zonder nominale waarde in te passen in de wettelijke regeling voor de B.V. In dit kader achten wij het van belang dat het huidige voorontwerp voldoende recht doet aan de wens tot flexibilisering van het B.V.-recht en invoering van aandelen zonder nominale waarde gezien de complexiteit en omvang van de aanpassingen vermoedelijk tot onevenredige vertraging in het wetgevingsproces zal leiden.

Martijn van der Bie, juli 2006