



Invoering van het wetsvoorstel 'vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'

Wetswijziging in boek 2 van het burgerlijk wetboek

Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor het BV-recht na de invoering van deze wet en wat zijn de gevolgen voor de praktijk?

Auteur:	Niels Wessels
Studentnr:	2024915
Opleiding:	HBO-rechten
Hogeschool:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Stageperiode:	6 februari 2012 t/m 11 mei 2012

Eindhoven, 25 mei 2012

Titelpagina

Titel: **Invoering van het wetsvoorstel 'vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'**
Wetswijziging in boek 2 van het burgerlijk wetboek
Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor het BV-recht na de invoering van deze wet en wat zijn de gevolgen voor de praktijk?

Opdrachtgever: Marks Wachters Notarissen te Eindhoven
Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Afstudeerder: Niels Wessels
Functie auteur: Stagiair
Studentennummer: 2024915
Hogeschool: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding: HBO-rechten
Locatie: Tilburg

Stageperiode: 6 februari 2012 – 11 mei 2012
Stageverlener: Marks Wachters Notarissen
Bedrijfsmentor: Jaap van Zwet
Stagedocent 1: Tamara Wielders
Stagedocent 2: Maud van Remortel

Verschijning: 25 mei 2012 te Tilburg

Voorwoord

Beste lezer,

In het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg, heb ik mijn afstudeerstage gevolgd bij Marks Wachters Notarissen te Eindhoven.

Deze scriptie is geschreven in opdracht van Jaap van Zwet, jurist bij Marks Wachters Notarissen. Ik heb onderzoek verricht naar de praktijkgevolgen na de invoering van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht' en de daaraan toegevoegde invoeringswet.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel ligt al vanaf 2007 bij de Tweede Kamer. Inmiddels is dit wetsvoorstel aangenomen en ligt deze nu bij de Eerste Kamer ter behandeling. Naar verwachting zal deze wet in januari 2013 of juli 2013 ingevoerd worden. Dit wetsvoorstel zal een grote invloed hebben op het huidige ondernemingsrecht. Ondanks de positieve aspecten van het wetsvoorstel, wordt door verschillende schrijvers veel kritiek geuit op dit wetsvoorstel. Het leek mij interessant om te onderzoeken wat critici schrijven over het wetsvoorstel en wat de praktijkgevolgen zullen of kunnen zijn na de invoering van het wetsvoorstel.

In een voorwoord behoort een woord van dank. Bij deze wil ik Jaap van Zwet bedanken voor zijn begeleiding en het beschikbaar stellen van een werkruimte bij het schrijven van mijn scriptie. Daarnaast wil ik Frans van Lieshout en Daniek Zwarthoed bedanken voor hun ondersteuning tijdens mijn afstudeerperiode. Tenslotte wil ik mijn stagedocent Tamara Wielders bedanken voor haar begeleiding vanuit de onderwijsinstelling en haar goede adviezen.

Niels Wessels

Eindhoven, 29 mei 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
Inleiding	7
Hoofdstuk 1: Veranderingen voor het BV-recht	
1.1 Inrichting BV	9
1.1.1 Orgaanstructuur	9
1.1.2 Benoemen bestuurder	12
1.1.3 Ontslag/schorsing bestuurders	12
1.1.4 Benoemen en ontslag/schorsing commissarissen	13
1.2 Oprichting BV	
1.2.1 Notariële akte	14
1.2.2 Bankverklaring en accountantsverklaring	14
1.2.3 Inschrijving handelsregister	15
1.3 Aandelen	
1.3.1 Stortingsplicht	15
1.3.2 Nachgründung	15
1.3.3 Blokkeringsregeling	17
1.3.4 Aandelen en stemrecht	18
1.4 Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard	20
1.5 Geschillenregeling	21
1.6 Kapitaal	
1.6.1 Uitkeringen aan aandeelhouders	22
1.6.2 Inkopen van aandelen	24
1.6.3 Vermindering aandelenkapitaal	25
1.6.4 Financiële steunverlening	25
1.7 Conclusie	26
Hoofdstuk 2: Kritieken en praktijkgevolgen	
2.1 Kapitaal en dividenduitkering	
2.1.1 Positie en aansprakelijkheid aandeelhouders	27
2.1.2 Hoofdelijke aansprakelijk aandeelhouders	29
2.1.3 Positie en aansprakelijkheid bestuurders	29
2.1.4 Realisatie dividenduitkering	33
2.2 Minimumkapitaal en storting	
2.2.1 Minimumkapitaal	35
2.2.2 Maatschappelijk en geplaatst kapitaal	36
2.2.3 Ontwricht economisch verkeer	37
2.3 Betrokkenheid accountant bij uitkering dividend	38
2.4 Aandelen	
2.4.1 Stemrechtloze aandelen	40
2.4.2 Certificaten van aandelen	41
2.4.3 Winstbewijzen	42
2.5 Conclusie	43
Hoofdstuk 3: Veranderingen voor de notaris	
3.1 Inrichten statuten	44
3.2 Oprichten BV	45
3.3 Certificering aandelen	46

3.4	Voorstel afschaffing notariële oprichtingsakte	46
3.5	Conclusie	47
Hoofdstuk 4: Conclusies en aanbevelingen		
4.1	Wetswijziging	48
4.2	Kritieken	49
4.3	Gevolgen voor het notariaat	50
4.4	Aanbevelingen	51
Evaluatie		53
Bronnenlijst		54
Bijlagen:	- Informatiebrief voor cliënten bij het oprichten van een BV - Powerpointpresentatie voor cliënten met informatie over de wetswijziging	

Samenvatting

Naar verwachting 1 januari 2013 of 1 juli 2013 wordt het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht' aangenomen door de Eerste kamer, waardoor het bestaande BV-recht verandert. Met de invoering van het wetsvoorstel wordt beoogd dat het BV-recht eenvoudiger en flexibeler wordt. Er is veel geschreven over de praktijkgevolgen van het BV-recht na de wetswijziging, zowel positief als negatief. Het nieuwe BV-recht blijft een 'hot item' onder de specialisten op het gebied van het ondernemingsrecht.

Marks Wachters Notarissen wil weten wat voor invloed de invoering van de nieuwe wet heeft op belanghebbenden op het gebied van de besloten vennootschap. De wetswijziging heeft betrekking op onder meer bestuurders, aandeelhouders, debiteuren, accountants en notarissen. Dit sluit aan op de vraag wat de gevolgen voor de praktijkvoering zullen zijn. Marks Wachters Notarissen wil over dit onderwerp kennis vergaren, zodat zij dit kan delen met haar cliënten. Zo is Marks Wachters Notarissen op de hoogte van de gevolgen van het wetsvoorstel en kan het notariskantoor hierop anticiperen. Marks Wachters Notarissen wil met deze kennis een van de eerste notarissen zijn die kennis heeft van de FlexBV, voordat deze wet in werking is getreden. Zo kunnen zij direct na de wetswijziging cliënten hulp bieden om zo haar concurrenten voor te zijn.

De doelstelling is om op 29 mei 2012 aan dhr. Jaap van Zwet, jurist bij Marks Wachters Notarissen, een onderzoeksrapport aan te leveren met concrete aanbevelingen, die betrekking hebben op de gevolgen na de invoering van de het wetsvoorstel, zodat het notariskantoor op dit gebied een juridisch verantwoord advies kan geven. Bij het maken van de scriptie zijn onder meer het wetsvoorstel, literatuur en artikelen van specialisten op het gebied van ondernemingsrecht geanalyseerd.

Hoewel het wetsvoorstel in eerste instantie lijkt op een verbetering ten opzichte van het huidige recht, zijn er veel grijze gebieden in de nieuwe wetgeving. Na de wetswijziging zijn situaties denkbaar die (nadelige) gevolgen hebben voor bijvoorbeeld bestuurders en aandeelhouders van een BV, schuldeisers, accountants en notarissen. Doordat bijvoorbeeld het minimumkapitaal bij het oprichten van een BV komt te vervallen, kunnen vennootschappen met één euro aan kapitaal rechtshandelingen verrichten. Hoewel aansprakelijkheid volgt als de daaruit vloeiende verplichtingen niet nagekomen kunnen worden, is er sprake van rechtsonzekerheid voor derde partijen. Door de intrede van de uitkeringstoets, mag een bestuurder de goedkeuring van een uitkering van dividend slechts weigeren als de vennootschap na de uitkering binnen een jaar haar opeisbare schulden niet kan betalen. Dit kan zorgen voor een spanningsveld tussen bestuurders en aandeelhouders wanneer een bestuurder weigert uit te keren. Een accountant kan een prognose stellen over de financiële situatie van de vennootschap na de uitkeringstoets, maar kan aansprakelijk worden gesteld als hij zijn werk niet goed heeft verricht. Verder zullen de werkzaamheden van een notaris deels veranderen, voornamelijk op het adviserend gebied.

Om aansprakelijkheid te voorkomen, is het voor oprichters van een BV aan te raden om het gestorte kapitaal af te stemmen op de te verwachten activiteiten die zij gaan verrichten. Verder is het voor bestuurders aan te raden om goed te communiceren met de aandeelhouders, met name bij een uitkeringstoets. Als na het uitkeren van dividend de vennootschap failliet gaat terwijl op het moment van uitkeren de bestuurder dit wist of kon voorzien, is hij persoonlijk aansprakelijk voor de schulden, tenzij de ontvangers van de uitkering hier ook van op de hoogte waren. In dit geval zijn tevens de ontvangers gehouden om het uitgekeerde bedrag aan dividend terug te betalen aan de vennootschap. Een accountant en een notaris dienen zorgvuldig hun werk te verrichten om uit te sluiten dat zij later aansprakelijk worden gesteld. Een notaris behoudt zijn zorgplicht en dient haar cliënten te informeren, adviseren en te wijzen op de risico's van het nieuwe BV-recht.

Inleiding

Jaarlijks worden in Nederland bijna 40.000 BV's opgericht.¹ De BV is een rechtspersoon. Dit betekent dat slechts de BV aansprakelijk wordt gesteld voor gemaakte schulden.² De aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor het bedrag dat zij in de BV hebben gestort. Dit is een reden waarom de BV voor ondernemers interessant kan zijn.

Ondanks de voordelen kiezen veel ondernemers toch niet voor deze rechtsvorm. Dit komt vooral door de kosten die de BV me zich meebrengt en ondernemers vinden dat zij worden gehinderd door de bestaande regels en eisen van de BV³. Zo moet het geplaatste kapitaal bij de oprichting minimaal 18.000 euro bedragen.⁴

Het traject van het wetsvoorstel van de wet "vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht" is gestart op 6 mei 2004. Op die datum werd een rapport⁵ van een expertgroep opgesteld, onder voorzitterschap van prof. mr. H.J. de Kluiver (hierna te noemen: expertgroep). Hierin werd besproken hoe het huidige BV-recht in elkaar zit, wat de knelpunten hiervan zijn en wat wordt aanbevolen om in de wet te wijzigen. Aan de hand van dit rapport is in mei 2007 een wetsvoorstel ingediend. Het doel van dit wetsvoorstel is om meer vrijheid van inrichting en een betere aansluiting op de praktijk te creëren. Ook moet de uiteindelijke wet leiden tot minder administratieve lasten. In december 2009 is het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen door de tweede kamer. In oktober 2011 heeft de Tweede Kamer ingestemd met de 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht'. In dit wetsvoorstel staan kleine aanpassingen van de wet 'vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'. Momenteel liggen beide wetsvoorstellen bij de Eerste Kamer ter goedkeuring.

Momenteel staan sommige onderwerpen ter discussie bij de Eerste Kamer. Er is nog onzekerheid over de manier waarop crediteuren worden beschermd en hoe bestuurders van een vennootschap moeten handelen in bepaalde situaties. Voor de Eerste Kamer is het niet mogelijk om de wetsvoorstellen te wijzigen; deze dienen in zijn geheel te worden aangenomen of afgewezen. Mogelijk volgt een reparatiewet als blijkt dat sommige wetsartikelen handelingen in een BV kunnen frustreren of wanneer wetsartikelen dubbelzinnig kunnen worden gelezen.

Nadat de wet is ingevoerd, zal het BV-recht er anders uitzien. Zo kan bijvoorbeeld het stemrecht en het recht op winstuitkeringen in de statuten van een BV worden aangepast. Verder is er geen startkapitaal van 18.000 euro meer nodig voor het oprichten van een BV, waardoor het makkelijker is om een BV op te richten. Voor de zogenaamde stakeholders, zoals bestuurders, aandeelhouders, werknemers en schuldeisers, zullen de verhoudingen met de flexBV anders zijn dan voorheen.

De wetswijziging is een veelbesproken onderwerp in de literatuur. Veel specialisten op het gebied van ondernemingsrecht uiten hun kritieken op het wetsvoorstel. Zij vrezen voor bepaalde scenario's die na de wetswijziging zich mogelijk kunnen voordoen. Na de wetswijziging kan een BV flexibeler worden ingericht, wat betekent dat er mogelijk veel geschillen zullen ontstaan. Het is in dat geval aan de rechter om een beslissing te maken als partijen niet tot een oplossing komen.

¹ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/flexibele-bv/bv-recht-eenvoudiger-en-flexibeler>

² Artikel 2:175 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek

³ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/flexibele-bv/bv-recht-eenvoudiger-en-flexibeler>

⁴ Artikel 2:178 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek

⁵ Oranje 2004

Het doel van deze scriptie is om de veranderingen na de wetswijziging in kaart te brengen en wat hiervan de gevolgen zullen zijn voor de praktijk.

De vraagstelling luidt als volgt:

Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor het BV-recht na de invoering van de wet "Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-Recht" en wat zijn de praktijkgevolgen voor ondernemers, bestuurders, aandeelhouders, schuldeisers, accountants en Marks Wachters Notarissen?

Met de beantwoording van deze vraag, wordt er een beter beeld geschetst van hoe de praktijk er uit zal zien. Marks Wachters Notarissen kan aan de hand van deze scriptie direct anticiperen na de wetswijziging. Zo kan hij cliënten informeren over de wetswijziging en adviezen geven hoe zij moeten handelen na de wetswijziging. Hij kan hierbij gebruik maken van de door de onderzoeker gemaakte powerpoint presentatie met informatie over de wetswijziging (bijlage 2) en een voorbeeldbrief voor cliënten waar de praktijkgevolgen van de flex BV in uitgelegd staan (bijlage 1).

De doelstelling is om op 29 mei 2012 aan dhr. Jaap van Zwet, jurist bij Marks Wachters Notarissen, een onderzoeksrapport aan te leveren met concrete aanbevelingen, die betrekking hebben op de praktijkgevolgen na de invoering van de FlexBV, zodat het notariskantoor een juridisch verantwoord advies kan geven op dit gebied.

Deze scriptie is ingedeeld in vier hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk beschrijft de oude situatie van het BV recht, de daarop geuite kritiek en het daarop volgende wetsvoorstel. Hoofdstuk twee geeft aan wat de gevolgen kunnen zijn na de invoering van het wetsvoorstel. Hierbij wordt beschreven wat de risico's zijn voor onder andere bestuurders en aandeelhouders en hoe zij hierop moeten anticiperen. Daarnaast worden kritieken (van auteurs) op het wetsvoorstel beschreven. In het derde hoofdstuk staan de gevolgen voor de notaris en zijn werkzaamheden na de wetswijziging beschreven. Bij het laatste hoofdstuk komen de conclusies en de daarbij behorende aanbevelingen aan bod. Bijlagen 1 en 2 betreffen een voorbeeldbrief voor cliënten en een PowerPoint presentatie, die door Marks Wachters Notarissen gebruikt kan worden bij het adviseren en informeren van haar cliënten.

Hoofdstuk 1: Veranderingen voor het BV-recht

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de belangrijkste veranderingen in het BV recht, die worden doorgevoerd nadat het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht' wordt aangenomen. Eerst wordt per aspect de huidige situatie omschreven van het BV-recht. Vervolgens wordt er besproken wat er in het BV-recht gaat veranderen met de daarbij achterliggende gedachte. Onderwerpen als de orgaanstructuur, de oprichtingsvereisten, de aandeelhoudersvergadering van aandeelhouders (AVA), het benoemen en ontslaan van het bestuur, de intrede van de stemrechtloze of winstrechtloze aandelen en het kapitaal komen aan bod.

§ 1.1 Inrichting BV

In deze paragraaf wordt besproken wat de huidige orgaanstructuur van de BV is, op welke wijze er vergaderd wordt en besluiten worden genomen en op welke wijze bestuurders en commissarissen worden benoemd en ontslagen. Na ieder aspect van de inrichting van de BV, wordt beschreven wat er gaat veranderen na de invoering van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'.

§ 1.1.1 Orgaanstructuur

Een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) heeft een duale orgaanstructuur. Dit betekent dat een BV twee formeel van elkaar gescheiden vennootschapsorganen moet hebben. Dit zijn het bestuur (artikel 2:239 BW) en de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:217 BW). De bevoegdheden van de organen zijn verschillend. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, die naar buiten wordt vertegenwoordigd (art. 2:240 BW). De algemene vergadering heeft alle bevoegdheden die in de wet en de statuten staan en niet aan het bestuur of aan anderen zijn toegekend. Voorbeelden hiervan zijn het uitgeven van nieuwe aandelen, het wijzigen van statuten en de benoeming, ontslag en schorsing van het bestuur. Deze verdeling wordt de 'separation of ownership from control' genoemd.⁶ De algemene vergadering mag haar eigen belang voorstellen, namelijk het realiseren van winst.

De reden hiervan is dat zij de verschaffers van het risicokapitaal zijn. Het bestuur dient echter de belangen van de vennootschap na te streven.⁷

Voor een BV die geen structuurvennootschap⁸ is, is het mogelijk om bij de statuten te bepalen dat er een raad van commissarissen zal zijn (art. 2:250 lid 1 BW). Als een BV een raad van commissarissen heeft, dan is er sprake van een dualistisch bestuursmodel (het 'two-tier board'). Hiermee wordt bedoeld dat het bestuur en de raad van commissarissen twee afzonderlijke vennootschapsorganen zijn, waaraan eigen taken en bevoegdheden zijn toegekend.⁹

Tegenover dit dualistisch bestuursmodel staat een monistisch bestuursmodel. Bij dit model zijn de taken en bevoegdheden van beide organen verenigd in één orgaan.

Het bestuur van dit bestuursmodel wordt ook wel een 'one-tier board' genoemd. Nadat de wetswijziging 'bestuur en toezicht' wordt aangenomen (vermoedelijk tezamen met het wetsvoorstel 'vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'), kan er gebruik worden gemaakt van het one-tier board-model. Omdat dit onderzoek zich beperkt tot het

⁶ Van der Sangen 2007, p.88

⁷ Oranje 2008, p. 21-22

⁸ Van een structuurvennootschap is sprake, als het geplaatst kapitaal 16.000.000 euro bedraagt, krachtens de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld (artikel 2 van de Wet Ondernemingsraden (WOR)) en bij de vennootschap tenminste 100 werknemers werkzaam zijn. Als aan deze vereisten wordt voldaan, dient er een raad van commissarissen te worden benoemd. (artikel 2:263 lid 2 jo. 2:268 lid 1 BW)

⁹ Oranje 2008, p. 23

wetsvoorstel 'vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, wordt het monistisch bestuursmodel verder niet besproken.

De huidige organisatiestructuur geeft knelpunten. Dit geldt met name voor de eenpersoons-BV, de dochter-BV en de BV die wordt gebruikt voor persoonsgebonden samenwerking als de familie-BV en de joint-venture. Bij deze BV-structuren is de duale orgaanstructuur niet goed terug te vinden. De zeggenschap is bij deze structuren niet verdeeld over twee organen, omdat de BV meestal één of twee personen bestaat. Het beginsel van de gedwongen scheiding van kapitaal en leiding ligt minder voor de hand. In de praktijk zijn de bestuurders dus tegelijkertijd de aandeelhouders. Vanzelfsprekend zal de ondernemer in de hoedanigheid van bestuurder een door hem als aandeelhouder genomen besluit niet tegenhouden.

Na de wetswijziging

Wijze besluitvorming/vergadering

Op het gebied van de jaarlijkse vergadering van aandeelhouders wordt, naar aanleiding van het advies van de expertgroep, flexibilisering doorgevoerd. Zo wordt de minimale oproepingstermijn verkort naar acht dagen (artikel 2:225 NBW¹⁰), hetgeen betekent dat er sneller vergaderd kan worden na een oproep. Deze termijn kan, net als in het huidige recht, worden verkort, mits alle vergadergerechtigden hiermee instemmen.

Artikel 2:226 NBW maakt het mogelijk om in de statuten te bepalen om de vergadering buiten Nederland te houden. De vergaderplaats kan alsnog van de statuten afwijken, indien alle vergadergerechtigden hiermee instemmen en de bestuurders en commissarissen voorafgaand aan deze besluitvorming in de gelegenheid gesteld zijn om advies uit te brengen.

Volgens het huidige artikel 2:238 lid 1 BW kan bij statuten worden bepaald dat besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in een vergadering kan geschieden, tenzij met medewerking van een vennootschap certificaten op naam van aandelen zijn uitgegeven.

In de praktijk ontstaan er problemen, als er certificaten met medewerking van de vennootschap worden uitgegeven. Certificaathouders¹¹ hebben in dat geval vergaderrechten en kunnen daarbij het woord voeren. Indien besluiten buiten de vergadering om gemaakt worden, ontnemt dit de vergaderrechten van de certificaathouders. Dit betekent dat er toch een vergadering plaats zal moeten vinden. Na de wetswijziging is het mogelijk om buiten de vergadering besluiten te kunnen maken, ook al zijn van (sommige) aandelen certificaten uitgegeven. Hier is wel de toestemming voor nodig van alle vergadergerechtigden, omdat minderheidsaandeelhouders of certificaathouders anders tegen hun wil worden geconfronteerd met besluiten zonder dat er overleg is geweest bij algemene vergadering. Verder geeft het huidige lid 1 aan dat, indien besluitvorming op andere wijze dan in een vergadering geschiedt, het besluit slechts met *algemene stemmen* wordt genomen. Een aandeelhouder kan tegen een besluit stemmen, maar er tegelijkertijd geen moeite mee hebben dat besluiten op andere wijzen dan vergadering worden genomen. In deze situatie zou de vennootschap een 'gewone' vergadering moeten houden, omdat besluiten buiten vergadering slechts met *algemene* stemmen wordt aangenomen.¹² Na de wetswijziging vervalt het bovenstaande, wat betekent dat een besluit buiten vergadering wordt genomen bij volstrekte meerderheid van de stemmen (artikel 2:230 NBW)

¹⁰ NBW staat voor Nieuw Burgerlijk Wetboek (na de wetswijziging)

¹¹ Een belegger kan certificaten op naam kopen. Hij ontvangt dan niet de gekochte aandelen zelf. Hij heeft in dit geval wel de voor- en nadelen van de aandelen (denk aan koersstijgingen/dalingen en dividenduitkeringen), maar hij heeft geen stemrecht. Het stemrecht berust meestal bij een stichting administratiekantoor, die de BV bestuurt waar de aandelen van zijn uitgegeven.

¹² *Kamerstukken II 2006,2007, 31 058, nr. 3, p.88*

In artikel 2:227 lid 2 NBW staan de vergadergerechtigden. Het vergaderrecht komt toe aan de aandeelhouders. De statuten kunnen het vergaderrecht regelen of ontnemen voor de houders van certificaten van aandelen. In de statuten kan worden bepaald dat het recht tot het verbinden en ontnemen van vergaderrechten aan certificaten ook door een bepaald orgaan (als genoemd in artikel 2:189a NBW) wordt toegekend. De laatstgenoemde optie zal in dit geval de meeste flexibiliteit kennen; het in de statuten benoemde orgaan kan in dit geval kiezen aan welke vergaderingen de certificaathouders wel of niet mogen deelnemen.¹³ Als in de statuten wordt vermeld dat er vergaderrecht aan certificaathouders is toegekend, kan dit recht slechts worden ontnomen als de betrokken certificaathouders hiermee instemmen (2:227 lid 4 NBW). De algemene regels van besluitvorming blijven hetzelfde, wat staat geregeld in art. 2:230 NBW.

Voor uitgegeven certificaten na de wetswijziging, is het niet meer relevant of de certificaten met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Er wordt statutair geregeld of (bepaalde) certificaten van aandelen vergaderrechten hebben. Dit voorkomt conflicten over de manier waarop certificaten zijn uitgegeven.

Instructierecht

Verder wordt het instructierecht deels aangepast. Voorheen was het onduidelijk welke invloed (lees: opvolgen instructies) de moeder-BV op haar dochter-BV's (concernverhoudingen) heeft. In het forumbank-arrest¹⁴ en het Kuiken/Brabant arrest¹⁵ heeft de rechter hier meer duidelijkheid over gegeven.

In lijn met de bovenstaande jurisprudentie is na de wetswijziging aan artikel 2:239 lid 4 NBW de volgende zin toegevoegd: "Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming." Dit heeft als gevolg dat een dochter-BV binnen een concern de instructies van de moeder-BV (aandeelhouder) niet zomaar mag opvolgen, maar deze eerst moet toetsen aan de eigen belangen van de dochteronderneming.

Orgaanbegrip

Momenteel wordt volgens artikel 2:189a BW onder orgaan van de vennootschap verstaan: de algemene vergadering van aandeelhouders, de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van bestuur en de raad van commissarissen. Dit begrip is van toepassing op een aantal artikelen.

De kritiek van de expertgroep is dat de genoemde kring van organen een beperkende werking heeft. Houders van aandelen met een *bijzondere aanduiding*¹⁶ hebben dus niet dezelfde rechten als de organen vernoemd in het huidige artikel 2:189a BW. Het wetsvoorstel zorgt ervoor dat ook de houders van aandelen met een bijzondere aanduiding wordt toegevoegd aan het artikel. Het orgaanbegrip wordt uitgebreid met de terminologie 'vergadering van houders van aandelen van een bepaalde *soort of aanduiding*'. Dit maakt het mogelijk om de houders van gewone aandelen of houders van specifieke aandelen (aangeduid met letters of cijfers) als bevoegd orgaan aan te merken, zonder dat hiervoor een nieuw soort aandelen voor hoeft te worden gecreëerd. Ook bij één soort aandelen wordt het dus mogelijk om door middel van een nummering (het unieke nummer van een aandeel) een bepaald recht te geven.¹⁷

¹³ Wouters 2011, p. 242

¹⁴ HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43

¹⁵ Rb Den Bosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394

¹⁶ Voorbeelden zijn 'aandelen gehouden door de oprichters van de vennootschap' of 'aandelen, genummerd 1 tot en met 100' – ook wel 'cijfer- of letteraandelen' genoemd. De houders van aandelen 'A' en 'B' kunnen per soort afzonderlijk bepalen of de aan hen toekomende winst geheel of gedeeltelijk wordt uitgekeerd dan wel gereserveerd. Iedere letter heeft dus zijn eigen 'dividend-politiek'. Zie ook: Bier 2012, p. 169-171

¹⁷ Kamerstukken II 2006,2007, 31 058, nr. 3, p 42

Ook zal het orgaan 'algemene vergadering van aandeelhouders' worden vervangen in "algemene vergadering". Deze wijziging wordt doorgevoerd omdat ook anderen dan aandeelhouders daar toegang kunnen hebben.

§ 1.1.2 Benoemen bestuurders

De benoeming van bestuurders is geregeld in artikel 2:242 BW. In lid 1 staat dat de benoeming van bestuurders in eerste instantie wordt geregeld bij de akte van oprichting en later door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij dit door de raad van commissarissen (volgens art. 2:272 BW) geschiedt.

Het was de expertgroep opgevallen dat in de praktijk met name bij joint venture BV's de wens bestaat dat iedere aandeelhouder zijn 'eigen' bestuurder kan benoemen en ontslaan.¹⁸ Op grond van de huidige wetgeving is dit niet direct mogelijk. Om dit toch te bereiken, wordt in de statuten van de joint venture-BV vaak opgenomen dat partners ieder met hun eigen soort aandelen een bindende voordracht mogen opmaken voor de benoeming van een eigen bestuur, die uit tenminste twee personen bestaat (art. 2:243 lid 1 BW). Een afspraak om een eigen bestuurder te benoemen, kan alleen gestalte krijgen via een overeenkomst tussen aandeelhouders met de verplichting om op bepaalde wijze te stemmen (stemovereenkomst).¹⁹ Het komt dus neer op een beperking van de keuzevrijheid van de algemene vergadering bij de benoeming van de bestuurders.

Na de wetswijziging

De hoofdregel uit artikel 2:242 lid 1 BW zal blijven bestaan. De benoeming van bestuurders geschiedt voor eerste maal bij de akte van oprichting en later door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij dit overeenkomstig art. 2:272 NBW door de raad van commissarissen geschiedt. Na de wetswijziging bestaat de mogelijkheid dat indien het in de statuten bepaald wordt, de benoeming van bestuurders kan geschieden door een vergadering van aandeelhouders van een soort (bijvoorbeeld letteraandelen) of aanduiding²⁰ mits iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming ten aanzien van de benoeming van ten minste één bestuurder.

Door deze wijziging wordt het mogelijk dat aandeelhouders of groepen van aandeelhouders ieder een eigen bestuurder kan benoemen. Er hoeven dus geen stemovereenkomsten meer te worden opgesteld en dit maakt het benoemen eenvoudiger. Voor de wetswijziging kon in de statuten worden bepaald dat de benoeming van tenminste twee personen kon geschieden uit een bindende voordracht. In de praktijk bleek dat de tweede persoon in de voordracht zelden een serieuze kandidaat-bestuurder is, maar deze alleen werd benoemd om aan het wettelijk vereiste te voldoen. Vandaar dat het minimum aantal personen bij bindende voordracht is gereduceerd tot één persoon.²¹

§ 1.1.3 Ontslag /schorsing bestuurders

Vanzelfsprekend bestaat de mogelijkheid om na het benoemen van het bestuur, deze ook weer te schorsen of te ontslaan. De hoofdregel van artikel 2:244 luidt dat iedere bestuurder kan worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot zijn benoeming. Bij een joint venture-BV kan de 'eigen' bestuurder niet alleen door 'zijn' aandeelhouders worden ontslagen, maar ook door de algemene vergadering. Om dit gevolg te 'ontkomen', dient er gewerkt te worden met de regeling van de bindende voordracht en met

¹⁸ De Kluiver 2004, p.27

¹⁹ Kamerstukken II 2006/2007, 31 058, nr. 3, p 92-93

²⁰ De aanduiding kan verbonden zijn aan een bepaalde aandeelhouder of betrekking hebben op een bepaald nummer. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat werknemers 20% meer dividend uitgekeerd krijgen dan andere aandeelhouders, of dat bijvoorbeeld aandeel 24 voor een bepaalde tijd andere winstrechten heeft. Zie ook Bier 2012, p.173-175

²¹ Oranje 2008, p.44

stemovereenkomsten. In het geval dat het bestuur is benoemd door de algemene vergadering op basis van een bindende voordracht, kan in de statuten worden bepaald dat de algemene vergadering slechts een bestuurder kan ontslaan op basis van een voorstel van degene die bevoegd was tot het maken van de bindende voordracht. Het kan gewenst zijn dat naast het orgaan dat bestuurders benoemt, ook een ander orgaan bevoegd is tot ontslag van deze bestuurders. Het wordt dan mogelijk bij een joint venture-BV, dat niet alleen de aandeelhouders hun 'eigen' bestuur kunnen ontslaan, maar dit ook kan geschieden door andere aandeelhouders gezamenlijk.²²

Na de wetswijziging

In artikel 2:244 lid 1 wordt het woord 'degene' vervangen in 'het orgaan'. Dit schept meer duidelijkheid en bovendien behoort de mogelijkheid nu ook tot de vergadering van aandeelhouders met een bijzondere soort of aanduiding, omdat deze volgens het gewijzigde art. 2:189a BW als orgaan worden aangemerkt.

Verder wordt het na de wetswijziging mogelijk, dat in de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder ontslagen kan worden door een ander orgaan, naast degene die bevoegd is tot benoeming van de bestuurder. Een voordeel is dat, als bijvoorbeeld de gehele vergadering bevoegd is tot ontslag, dat het onafhankelijk oordeel over het functioneren van de bestuurder wordt bevorderd.²³ Ook betekent het dat de raad van commissarissen op basis van de wetswijziging ontslagbevoegdheid kan krijgen.

Artikel 2:244 lid 2 gaat over het quorum (het minimaal aanwezig bij het maken van besluiten) en de versterkte meerderheid bij besluiten. Als er in de statuten wordt bepaald, dat een besluit tot schorsing of ontslag slechts mag worden genomen met versterkte meerderheid in een algemene vergadering, dan mag deze meerderheid niet meer dan twee derden van de uitgebrachte stemmen te boven gaan. Bovendien moet bij de vergadering minimaal de helft van het kapitaal zijn vertegenwoordigd. De grens van de versterkte meerderheid van twee derde mag dus *niet* in de statuten worden verhoogd. De reden hierachter is dat het verhogen van de grens het ontslaan of schorsen van een bestuurder zou bemoeilijken en in de praktijk vaak onmogelijk zal zijn.²⁴

Het nieuwe wetsvoorstel zorgt voor verandering in een deel in het wetsartikel. De wettelijke quorumeis voor het ontslaan van een bestuurder, waarbij de stemmen de helft van het geplaatste kapitaal moeten vertegenwoordigen, komt te vervallen. Een meerderheid van twee derde van de stemmen volstaat dus voor het ontslaan van een bestuurder. Overigens mag wel in de statuten een quorumeis worden opgenomen.²⁵

§ 1.1.4 Benoemen en ontslag/schorsing commissarissen

Benoeming

Op grond van het huidige artikel 2:252 BW mogen de commissarissen voor de eerste keer worden benoemd bij de akte van oprichting. Dit is overigens geen dwingend recht, dus eventueel kunnen de commissarissen ook later worden benoemd. Bij een niet-structuurvennootschap worden commissarissen voor bepaalde of onbepaalde tijd benoemd door de algemene vergadering. Als de commissaris de benoeming aanvaard, ontstaat er tussen hem en de vennootschap een contractuele verhouding in de zin van art. 7:400 BW.²⁶

²² Oranje 2008, p.46

²³ *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 058, nr. 3 p. 99-101

²⁴ Asser 2000, p. 425

²⁵ *Kamerstukken II* 2007/2007, 31 058, nr. 3 p. 92

²⁶ Oranje 2008, p.52

Na de wetswijziging

Om de benoemingsregeling van bestuurders zoveel mogelijk gelijk te trekken met de benoemingsregeling van commissarissen, wordt net als bij artikel 2:242 lid 1 BW (benoeming bestuurders, zie paragraaf 1.1.2), in artikel 2:252 lid 1 BW een zinsnede toegevoegd. In beginsel geschiedt bij een niet-structuurvennootschap de benoeming van commissarissen door de algemene vergadering. Na de wetswijziging kan in de statuten worden bepaald, dat de benoeming van een commissaris kan geschieden door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Een voorwaarde is dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming over de benoeming van ten minste één commissaris.

Ontslag commissarissen

Ook de regeling omtrent het ontslag van commissarissen lopen vrijwel parallel met de regeling van het ontslag of schorsing van het bestuur (artikel 2:244 BW). Na de wetswijziging wordt het volgens artikel 2:254 BW mogelijk om in de statuten te bepalen dat de commissaris, naast degene die bevoegd is tot benoeming, kan worden ontslagen door de algemene vergadering. Deze regeling biedt de mogelijkheid om via de statuten de controlerende functie van de algemene vergadering sterker te maken, in het geval waarin een of meer commissarissen worden benoemd door *anderen* dan de algemene vergadering.²⁷

§ 1.2 Oprichting BV

In deze paragraaf wordt besproken wat vereist is voor het oprichten van een BV. Vervolgens wordt besproken wat verandert na de wetswijziging.

§ 1.2.1 - Notariële akte

Indien een ondernemer er voor kiest om een BV op te richten, dan dient hij zich te houden aan de vereisten die hiervoor nodig zijn. Een oprichting geschiedt door tussenkomst van een notaris. Een BV wordt opgericht bij notariële akte. De akte van oprichting bevat onder meer de statuten van de desbetreffende BV en de namen van de aandeelhouders. In de statuten staat onder meer de naam van de BV, haar statutaire zetel, de bestuurder en het doel van de BV. Daarnaast dient de oprichter voor het oprichten van een BV, de vennootschap in te schrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (artikel 18 lid 1 Handelsregisterwet).

Om een BV op te richten is volgens de huidige wetgeving een minimumkapitaal nodig om dit te verwezenlijken. Zo dient op grond van art. 2:178 lid 2 BW het maatschappelijke en het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan bij de oprichting tenminste 18.000 euro te bedragen. Het minimumkapitaal is ooit in het leven geroepen om crediteuren zekerheid te bieden.

§ 1.2.2 – Bankverklaring en accountantsverklaring

Tevens is er bij het oprichten van een BV een bankverklaring of een accountantsverklaring nodig. Indien een ondernemer een BV wil oprichten, dient deze een minimumkapitaal van 18.000 euro op een bankrekening te storten, dat op naam staat van zijn BV. Hierna geeft de bank de zogenaamde bankverklaring af.

De oprichter kan met de vennootschap een inbreng op aandelen anders dan in geld overeenkomen. In dat geval maken de oprichters een beschrijving van hetgeen wordt ingebracht, met de melding van de daaraan toegekende waarde. Een accountant moet verklaren dat de waarderingsmethoden maatschappelijk aanvaardbaar zijn en dat de waarde van de inbreng tenminste het bedrag van de stortingsplicht is (art. 2:204a BW).

²⁷ *Kamerstukken II 2006/2007, 31 058, nr. 3 p. 102-103*

Na de wetswijziging

In een rapport van de Expertgroep wordt kritiek gegeven op de huidige situatie met betrekking tot het oprichten van een BV. De knelpunten worden aangekaart en er worden aanbevelingen gedaan met betrekking tot deze situatie. Een uitgangspunt van de expertgroep is, dat dwingend recht voor een deel plaats moet maken voor het regelend recht. Dit zou leiden tot een versoepeling van de oprichtingseisen van een BV. De overbodige vereisten voor de oprichting van een BV moeten verdwijnen.²⁸

Zodra de wetswijziging is doorgevoerd, wordt het oprichten van een BV eenvoudiger gemaakt. Zo worden er minder eisen gesteld aan de oprichting van een BV. Het verplichte minimumkapitaal van 18.000 euro wordt afgeschaft. Dit zou het voor ondernemers aantrekkelijker maken om een BV op te richten. Doordat het minimumkapitaal in het nieuwe artikel 2:178 lid 2 komt te vervallen, zijn de bank- en accountantsverklaring (respectievelijk art. 2:203a BW en art. 204a lid 2 BW) dus niet meer nodig. Deze verplichtingen komen na de wetswijziging dan ook te vervallen. Ook komt de wettelijke verplichting om het maatschappelijk kapitaal in de statuten op te nemen, te vervallen. Dit betekent onder andere dat aandelen onbeperkt mogen worden uitgegeven. De mogelijkheid blijft wel bestaan om een 'plafond' in te stellen waarboven dat bedrag zonder statutenwijziging geen aandelen mogen worden uitgegeven.

Een andere reden waarom de bankverklaring wordt afgeschaft, is dat een afgegeven bankverklaring een schijnzekerheid kan geven.²⁹

Na de wetswijziging kan het bedrag van het maatschappelijke en geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan, alsmede het nominale bedrag van de aandelen in een vreemde geldeenheid (anders dan de euro) luiden. Voorheen kon dit slechts in euro's of, indien de statuten voor 2002 waren opgesteld, in guldens.

§1.3 – Aandelen

In deze paragraaf worden de stortingsplicht, de nachgründungsregeling, het steunverbod de blokkeringsregeling en de aandelen met stem- en winstrecht besproken. Vervolgens wordt toegelicht wat er na de wetswijziging zal veranderen.

§ 1.3.1 Stortingsplicht

Artikel 2:191 lid 1 BW – Bij het nemen van een aandeel kan met de vennootschap worden overeengekomen dat een storting van het nominale bedrag voor tenminste 25% gebeurt. De resterende 75% kan worden opgevraagd door de vennootschap. Dit met in achtneming van de volstortingsplicht van het minimumkapitaal van 18.000 euro (art. 2:180 lid 2 sub b BW). Wanneer de vennootschap het resterende bedrag opvraagt, is de aandeelhouder verplicht het resterende bedrag te storten. De vennootschap kan dit binnen vijf jaar vorderen. Als deze termijn is verstreken, is de vordering verjaard. Dit betekent dat de vordering niet meer opeisbaar is.³⁰ In de praktijk komt het volstorten van een deel van het nominale bedrag meestal niet voor en worden de aandelen direct volgestort.³¹

Na de wetswijziging

Als het wetsvoorstel is aangenomen, dan komt het vereiste dat minimaal een vierde van het nominale bedrag moet worden gestort te vervallen. Bedongen kan worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd

²⁸ De kluiver 2004, p 1-2.

²⁹ Dit blijkt onder meer uit HR 11 juli 2003, NJ 2003, 630 (Bas-C)

³⁰ HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 282 (De Rijk q.q./Van Roy); in dit arrest werd bepaald dat een verplichting tot volstorting een vordering tot nakoming van een verbintenis is, wat betekent dat deze vordering verjaart na 5 jaar, in tegenstelling tot een geldvordering.

³¹ Asser 2000 p. 123 - 124

of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd. De gehele verplichting tot het inbrengen van kapitaal bij aanvang van de BV wordt hiermee overboord gezet.³²

§ 1.3.2 Nachgründung

De nachgründungsregeling (artikel 2:204c BW) is in het leven geroepen om ontduiking van regelingen van de inbreng in natura tegen te gaan. Een oprichter kan bijvoorbeeld 18.000 storten in zijn BV en vervolgens zijn eigen goederen (die 'inbreng in natura' zijn) aan de BV te verkopen tegen een te hoge waarde. Indien dit voor een te hoge waarde wordt verkocht, worden schuldeisers benadeeld omdat ze zich niet verhalen op het oorspronkelijk gestorte kapitaal van de BV.³³

Rechtshandelingen (verricht met een oprichter of aandeelhouder van een BV) tot twee jaar na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister, kunnen niet worden verricht zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit geldt tevens voor een inbreng waar geen verklaring van een deskundige aan gehecht is. De rechtshandeling strekt zich tot het verkrijgen van goederen die een jaar voor oprichting of nadien toebehoorden aan de oprichter of een aandeelhouder.

Over de beschrijving van de goederen die worden verkregen, moet een registeraccountant of een accountant-administratieconsulent een verklaring afleggen dat de goederen die worden ingebracht, bij toepassing van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden, overeenstemt met de waarde van de tegenprestatie.³⁴ Er is dus een accountantsverklaring vereist dat de waarde van de te verkrijgen goederen overeenkomt met tenminste de waarde van de tegenprestatie. Is de rechtshandeling van de vennootschap niet goedgekeurd door de AVA of er een accountantsverklaring ontbreekt, dan is deze vernietigbaar (art. 2:204c lid 1 BW).

In de praktijk is gebleken dat de nachgründungsregeling belemmerend, niet sluitend en eenvoudig te omzeilen is. De ingebrachte goederen mogen niet binnen een bepaald periode aan de oprichter of aandeelhouder hebben toebehoord. Dit is voor een BV lastig te controleren. De goederen kunnen immers een aantal keer van eigenaar gewisseld hebben. Dit kan leiden tot een onbewuste overtreding van artikel 2:204c BW.³⁵

Daarnaast kan een stichting administratiekantoor tussen de BV en de aandeelhouder geschoven worden. Transacties tussen een certificaathouder (het stichting administratiekantoor kan certificaten van aandelen uitgeven) en de BV zijn niet aan de nachgründungsregeling onderworpen.

Verder heeft de nachgründungsregeling een geringe toepassing bij bijvoorbeeld een eenpersoons-BV, waarbij één persoon zowel aandeelhouder als bestuurder is. Het goedkeuringsbesluit door de aandeelhoudersvergadering als vermeld in artikel 2:204c zal geen probleem opleveren; de enig aandeelhouder keurt immers zijn eigen handelingen goed. Bij het ontbreken van een deskundigenrapport over de waarde van de ingebrachte goederen, is de inbreng als genoemd in artikel 204c vernietigbaar. Indien iemand bestuurder en enig aandeelhouder is, zal hij geen beroep doen op het ontbreken van het rapport, omdat hij zelf als wederpartij is bevoordeeld. In de praktijk zal alleen in geval van faillissement de curator namens de BV de transactie vernietigen omdat het deskundigenrapport ontbreekt.³⁶

³² Oranje 2008, p.44

³³ Asser 2000 p. 171

³⁴ Artikel 2:204c lid 3 jo. Art. 2:204a lid 2 BW.

³⁵ Lennarts 2004, p. 34

³⁶ Lennarts 2004, p. 35

Na de wetswijziging

Het voorstel is om het artikel 2:204c te laten vervallen. De nachgründungsregeling is gemakkelijk te omzeilen en belemmerend voor de praktijk. Bovendien past het niet meer bij de aangepaste controle van de inbreng in natura van het nieuwe artikel 204a lid 2 BW. Dit betekent echter niet dat het na de wetswijziging mogelijk wordt om ongeoorloofde transacties te verrichten met betrekking tot de levering van goederen aan de vennootschap. De regels van het tegenstrijdig belang³⁷, onrechtmatige daad en de actio-pauliana³⁸ kunnen een sanctie zijn.³⁹

§ 1.3.3 Blokkeringsregeling

De BV heeft een besloten karakter. Het is de bedoeling om dit karakter ook te blijven behouden. De aandelen van een BV staan op naam en zijn in beginsel beperkt overdraagbaar. Volgens lid 1 van artikel 2:195 BW kunnen aandelen in beginsel alleen aan de bloed- en aanverwanten en de mede-aandeelhouders worden overgedragen. Overigens kunnen de statuten beperken of uitsluiten dat aandelen vrijelijk aan hen kunnen worden overgedragen. Het is voor een aandeelhouder niet mogelijk om haar aandelen vrijelijk aan een derde (anderen dan in lid 1) over te dragen. Het is volgens lid 2 verplicht om een blokkeringsregeling in de statuten van een BV op te nemen.

De regeling is in twee varianten te onderscheiden. Ten eerste de aanbiedingsregeling. In artikel 2:195 lid 5 BW staat vermeld, dat indien een aandeelhouder zijn aandelen wil verkopen, hij verplicht is om deze eerst aan te bieden aan de mede-aandeelhouders. Zo hebben zij de kans om de aandelen te kopen, waardoor de groep aandeelhouders hetzelfde blijft. Pas als de mede-aandeelhouders de aandelen niet willen kopen, mag de aandeelhouder zijn aandelen aan een derde verkopen.

Ten tweede is er een goedkeuringsregeling (lid 4). Indien een aandeelhouder zijn aandelen wil verkopen, is er goedkeuring nodig van een in de statuten gewezen orgaan. Dit zijn bijvoorbeeld het bestuur van de BV of van de AvA. Buitenstaanders kunnen dus alleen aandeelhouder worden, als de blokkeringsregeling dit toelaat. Indien goedkeuring door het beslissende orgaan wordt geweigerd, dient zij tegelijkertijd met de weigering aan de verkopende aandeelhouder een opgave van een of meer belangstellenden die bereid zijn om zijn aandelen tegen contante betaling te willen kopen.

Tevens is er, ondanks kritiek uit de literatuur⁴⁰, een combinatie van beide regelingen mogelijk. Dit blijkt uit het Verenigde Bootlieden-arrest⁴¹.

De blokkeringsregeling mag er echter niet voor zorgen dat overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt⁴².

In de praktijk wordt de wettelijke regeling vaak omzeild door afspraken te maken in aandeelhoudersovereenkomsten. Voorbeelden zijn afspraken over de prijsbepaling van de aandelen of bij voorbaat af te zien van de reflectierechten (aanbiedingsplicht)⁴³ uit de

³⁷ Artikel 2:256 BW

³⁸ Artikel 2:42 e.v. BW - Maakt het mogelijk om op te komen tegen rechtshandelingen van een debiteur waardoor schuldeisers worden benadeeld.

³⁹ Van der Sangen 2007, p. 9

⁴⁰ Asser uit zijn kritiek op de combinatie van beide regelingen, omdat het naar zijn mening niet geoorloofd is dat aandeelhouders eerst zijn aandelen moeten aanbieden aan alle mede-aandeelhouders en dat vervolgens, indien niet alle aangeboden aandelen tegen contante betaling worden afgenomen, alsnog goedkeuring moet worden gevraagd. Zie Asser 2000, p.257

⁴¹ HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (Verenigde Bootlieden)

⁴² Artikel 2:195 lid 8 BW

⁴³ Bijvoorbeeld als de meerderheid van de aandeelhouders zijn aandelen wil vervreemden aan een derde, terwijl de minderheidsaandeelhouder(s) niet aan de transactie mee wil(len) werken, omdat zij zelf de aandelen wil(len) verwerven. Zie ook Koelemeijer 1999, p.160

blokkeringsregeling. De overeenkomsten worden gemaakt omdat de wetgeving weinig speelruimte biedt. De gemaakte overeenkomsten worden geldig geacht, indien deze overeenstemmen met de strekking van de blokkeringsregeling.⁴⁴

Na de wetswijziging

Door de wetswijziging vervalt de verplichting tot het opnemen van de blokkeringsregeling. Het uitgangspunt blijft wel dat er een blokkeringsregeling geldt, maar hiervan in de statuten kan worden afgeweken door een bepaling op te nemen dat er geen blokkeringsregeling van toepassing is. Het is dus de keuze aan de aandeelhouders hoe besloten de vennootschap zal zijn. De aandelen dienen nog wel steeds op naam te worden uitgegeven, zodat de aandeelhouders bekend zijn.

Voor de wetswijziging speelde de vraag op het mogelijk was om de overdraagbaarheid van aandelen (voor een bepaalde termijn) uit te sluiten. Het was namelijk verboden om de overdraagbaarheid van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk te maken. Toch was dit in de praktijk gewenst. In het nieuwe artikel 2:195 lid 3 en 4 is opgenomen dat overdraagbaarheid van aandelen bij statuten voor een bepaalde termijn kan worden beperkt of uitgesloten. Een voorwaarde is dat alle aandeelhouders hiermee akkoord gaan.⁴⁵ Hierbij moet wel een redelijke termijn acht worden genomen. Deze moet volgens art. 2:8 BW redelijk en billijk zijn.

§ 1.3.4 Aandelen en stemrecht

Aandelen zijn volgens de wet gedeelten, waarin het maatschappelijk kapitaal bij de statuten is verdeeld (art. 2:190 BW). Het uitgangspunt is dat slechts aandeelhouders stemrecht hebben. Iedere aandeelhouder heeft ten minste één stem. Hiervan kan in de statuten worden afgeweken, als de aandelen zijn verdeeld in verschillende nominale waarden. Het is mogelijk om het aantal stemmen per aandeelhouder tot maximaal drie of zes stemmen te beperken (Art. 2:228 lid 5 BW). Daarnaast kan in de statuten worden bepaald dat het stemrecht van de aandeelhouder wordt geschorst, zolang hij in gebreke is om te voldoen aan een wettelijke of statutaire verplichting. Dit geldt tevens als er niet wordt voldaan aan een statutaire kwaliteitseis (art. 2:195b BW).

Onder omstandigheden kan het wenselijk zijn voor een BV om stemrechtloze aandelen uit te geven.⁴⁶, bijvoorbeeld aan haar werknemers. Werknemers hebben dan geen zeggenschap hebben door middel van stemrecht in de aandeelhoudersvergadering. Werknemers kunnen dus financieel 'deelnemen' in de vennootschap, wat een stimulans vormt voor de werknemer ten aanzien van de betrokkenheid en productiviteit. Momenteel vindt werknemersparticipatie plaats in de vorm van het verkrijgen van certificaten van aandelen of gewone aandelen. Het voornaamste verschil tussen stemrechtloze aandelen en een certificaten van aandelen is dat bij stemrechtloze aandelen er geen stemrecht op dat aandeel berust, terwijl bij een certificering het stemrecht berust bij een stichting administratiekantoor. Aan het certificeren van aandelen zitten vaak hogere kosten verbonden dan een uitgifte van stemrechtloze aandelen. Verder is certificering van aandelen in het buitenland onbekend, in tegenstelling tot stemrechtloze aandelen.

Na de wetswijziging

Het wetsvoorstel geeft een andere definitie aan het begrip aandeel in artikel 2:190 BW: *"Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering of winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt"* Hiermee worden zowel aandelen met stemrecht, maar zonder financiële rechten als aandelen met financiële rechten, maar zonder stemrecht

⁴⁴ De Kluiver 2004, p. 54-56

⁴⁵ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3. P. 12/13

⁴⁶ De Kluiver 2004, p.66

gecreëerd. Bij de flexBV doen twee aandeelsoorten haar intrede: de stemrechtloze aandelen en de winstrechtloze aandelen. De verschillende soorten aandelen worden hieronder omschreven.

Aandelen met volledig stemrecht (artikel 2:228 lid 1 BW)

Dit aandeel is het standaard aandeel, dat volgens huidig recht wordt gebruikt. Dit aandeel heeft stemrecht in de algemene vergadering, vergaderrecht en winstrecht.

Stemrechtloze aandelen (artikel 2:228 lid 5 BW)

Deze aandelensoort heeft geen stemrecht in de algemene vergadering. Dit aandeel heeft wel winstrecht en vergaderrecht. Zo ontstaat er een grote vrijheid om de stemverhoudingen binnen een vennootschap in te richten. Het is niet mogelijk om het stemrecht te differentiëren, waarbij per besluit afzonderlijk wel of geen stemrecht gekoppeld is. Het oorspronkelijke wetsvoorstel gaf wel de mogelijkheid tot het variabel stemrecht, maar dit is later weer gewijzigd. Het toekennen of ontnemen voor het stemrecht zou dus voor alle besluiten gelden. Overigens wordt in het nieuwe artikel 2:206a lid 5 BW bepaald dat stemrechtloze aandelen geen voorkeursrechten hebben. Normaliter hebben aandeelhouders bij uitgifte van aandelen voorkeursrechten naar evenredigheid van het gezamenlijke bedrag van zijn aandelen (artikel 2:206a lid 1 BW)

Winstrechtloze aandelen (artikel 2:216 lid 7 BW)

Deze aandelen hebben stemrecht, maar geven daarentegen geen recht op uitkeringen van winst of reserves. Deze aandelen kunnen worden uitgegeven wanneer bijvoorbeeld iemand zijn bedrijf heeft verkocht, maar de koopprijs nog niet volledig betaald is of voor iemand die een bedrijf wil opbouwen voor zijn kinderen (die stemrechtloze aandelen houden).⁴⁷ Zo houdt de ouder de zeggenschap in de AVA. De waarde van deze stemrechtloze aandelen worden in de statuten bepaald (artikel 2:178 lid 1 BW).

Beperkt winstgerechtigde aandelen (artikel 2:216 lid 7 BW)

Naast het winstrechtloos maken van een aandeel, kan in de statuten worden bepaald dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding *slechts beperkt* recht geven tot deling van de winst of reserves van de vennootschap. De winstrechten kunnen dus statutair flexibel worden ingedeeld.

Ook kan een aandelensoort gecreëerd worden met een combinatie van de hierboven genoemde aandelensoorten. Als een regeling afwijkt van de wettelijke regeling, dient dit in de statuten vermeld te worden. De grondslag van deze afwijkmogelijkheid ligt bij het nieuwe artikel 2:228 lid 4 BW. Hierin staat dat van de leden 2 en 3 (stemrecht verhoudt zich evenredigheid nominale waarde van aandelen) van artikel 2:228 BW bij de statuten mogen worden afgeweken. De beperkte mogelijkheden tot het invoeren van meervoudig stemrecht in lid 4 en 5 komen te vervallen en worden dus vervangen door een flexibele regeling. Hierdoor ontstaat dus een grote vrijheid om het stemrecht te regelen. Het is echter niet mogelijk om noch aanspraak op uitkering van de winst en reserves, noch stemrecht aan een aandeel te koppelen; deze wordt in dit geval niet als aandeel aangemerkt (artikel 2:190 BW).

Flexibel winstrecht

In het huidige artikel 2:216 lid 8 BW staat dat geen van de aandeelhouders geheel kan worden uitgesloten tot het delen van de winst. Het wettelijke uitgangspunt is dat in het geval van uitkering van de winst aan de aandeelhouders, de winstverdeling geschiedt naar evenredigheid van het op het aandeel verplichte gestorte nominale bedrag van het aandeel. In de praktijk kon in sommige gevallen gewenst zijn dat een aandeelhouder niet deelt in de winst van een BV of aanspraak maakt op winstreserves.⁴⁸ Een voorbeeld is dat de oprichter

⁴⁷ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3., p.75

⁴⁸ De Kluiver 2004, p. 76

van een familie-BV als aandeelhouder wil meebeslissen binnen de BV, maar de winst bij zijn mede aandeelhouders wil laten.

Het nieuwe artikel 2:216 lid 7 BW bepaalt dat bij de statuten geregeld kan worden dat aandelen van bijzondere soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Er kan dus afgeweken worden van het bovengenoemde oude artikel. Het nieuwe lid 8 bepaalt dat voor een regeling als bedoeld in lid 7 instemming is vereist van alle aandeelhouders waaraan de statutenwijziging afbreuk doet. Net als de bij het nieuwe artikel 2:228 BW (flexibel stemrecht) zijn door dit artikel de minderheidsaandeelhouders beschermd.

§ 1.4 Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard

In het huidige artikel 2:192 BW staat vermeld dat een aandeelhouder niet tegen zijn wil enige verplichting boven de storting van het nominale bedrag van het aandeel worden opgelegd, ook niet door een statutenwijziging. Vaak werden afspraken gemaakt om andere verplichtingen vast te leggen in aandeelhoudersovereenkomsten. Na de wetswijziging worden de mogelijkheden om bij de statuten verplichtingen te verbinden aan het aandeelhouderschap verruimd.

Na de wetswijziging

In het eerste lid van het nieuwe artikel 2:192 BW staat geregeld dat statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding:

- a) kunnen bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derde of tussen aandeelhouders aan het aandeelhouderschap zijn verbonden;
- b) eisen verbinden aan het aandeelhouderschap;
- c) bepalen dat de aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen. Volgens lid 3 dient deze regeling zodanig te zijn dat de aandeelhouder een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door onafhankelijke deskundigen.

Een voorbeeld van de 'verplichtingen' onder a is de verplichting tot het bijstorten van gelden of een verplichting tot levering door de aandeelhouder geproduceerde goederen aan de vennootschap. Het is zelfs geoorloofd om in de statuten te bepalen dat aandeelhouders naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor bepaalde of alle schulden van de vennootschap.⁴⁹ Het nieuwe lid 4 maakt het mogelijk om van aandeelhouders het stemrecht, recht op uitkeringen of het vergaderrecht op te schorten, als zij een statutaire verplichting niet nakomt of niet aan een statutaire eis voldoet. Deze schorsing vervalt, als de aandeelhouder niet gehouden is zijn aandelen over te dragen en de vennootschap niet binnen drie maanden na een verzoek daartoe van de aandeelhouder gegadigden heeft aangewezen, aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten.

Net als het oude artikel, mogen in lid 1 van het nieuwe artikel geen verplichtingen tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd. De opgelegde verplichtingen zijn persoonsgebonden. Na de statutenwijziging dienen de opvolgende aandeelhouders zich dus te houden aan de statutaire verplichtingen. Het kan dus voorkomen dat overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt door deze verplichtingen. Bestaande aandeelhouders die niet hadden ingestemd met de invoering van de statutaire verplichting kunnen dus toch door de verplichting bekneld raken. Om deze reden is lid 3 in het leven geroepen; de aandeelhouder kan tegen een billijke prijs zijn aandelen overdragen.

⁵⁰

⁴⁹ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3., p.14, 44

⁵⁰ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3., p.47

§ 1.5 Geschillenregeling

De geschillenregeling, geregeld in afdeling 1, titel 8 van boek 2 BW, biedt voor aandeelhouders een oplossing, wanneer er conflicten ontstaan met andere aandeelhouders. Deze bestaat uit twee fasen. De eerste fase bestaat uit de toewijzing van een vordering tot uitstoting of uittreding. Vervolgens wordt in de tweede fase door de rechter de deskundigen benoemd, die de aandelen gaan waarderen.

De uitstotingsregeling (art. 2:336 e.v. BW) houdt in dat één of meer houders van aandelen (ten minste een derde van het geplaatste kapitaal), van een aandeelhouder in rechte kan vorderen dat hij zijn aandelen overdraagt. Een vereiste is dat deze aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

Op grond van de uittredingsregeling (art. 2:343 e.v. BW) kan de aandeelhouder van zijn mede-aandeelhouders vorderen dat zijn aandelen worden overgenomen. Dit kan als de aandeelhouder door gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.

Zodra er geen rechtsmiddel meer openstaat na de toewijzing van de uittreding of uitstoting, kan de tweede fase pas van start gaan. Dit is het zogenaamde onherroepelijkheidsvereiste, dat staat geregeld in art. 2:338 BW.

In de praktijk werkt dit niet goed. Bij de geschillenregeling is er sprake van een lange procedure en er zijn beperkte gronden waarop aandeelhouders kunnen worden uitgestoten (vordering tot overdragen aandelen (art. 2:336 lid 1 jo. 2:341 BW)).

Na de wetswijziging

De meeste wijzigingen in de geschillenregeling zijn van procestechnische aard. De wijzigingen maakt de geschillenregeling tot een meer bruikbaar instrument voor het afhandelen van conflicten tussen aandeelhouders.⁵¹

Zo wordt een vijfde lid aan artikel 2:336 BW toegevoegd. Dit lid maakt het mogelijk om naast een vordering tot uitstoting of uittreding, hier ook een vordering tot schadevergoeding aan toe te voegen. De rechter in eerste aanleg of appèl wordt naast het oordelen over een vordering tot uitstoting of uittreding, nu ook mede bevoegd gemaakt tot het kennismaken van de daarmee samenhangende vorderingen tussen dezelfde partijen. Voorheen waren dit losse procedures; nu kan in één keer de gehele zaak behandeld worden.

Indien partijen overeenstemmen dat een aandeelhouder zijn aandelen zal overdragen en er een geschil ontstaat over de waarde van de aandelen, dan kunnen zij een gezamenlijk verzoekschrift indienen bij de rechter. De rechter zal in dit geval de prijs van de aandelen vaststellen. Tegen deze beslissing staat geen hoger beroep open. (art. 2:343c BW)

De rechter kan volgens het nieuwe artikel 3:339 lid 3 BW, de benoeming van deskundigen achterwege laten, indien tussen partijen een overeenstemming bestaat over de waardering van de aandelen. De benoeming kan ook achterwege worden gelaten als in de statuten een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen bevat en de rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen. De regeling van het nieuwe art. 3:337 lid 1 BW is van toepassing: de bepaling in de statuten mag niet zodanig zijn dat het de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.

Verder komt het onherroepelijkheidsvereiste te vervallen. Voorheen kon volgens artikel 2:339 BW lid 1 BW de werkzaamheden van de deskundigen (die de aandelen waarderen) pas aanvangen, nadat het vonnis onherroepelijk is geworden. Na de wetswijziging bestaat de mogelijkheid om het vonnis tot uittreding of uitstoting uitvoerbaar bij voorraad te laten

⁵¹ Marges 2007, p. 7

verklaren door een voorlopige voorziening aan te vragen bij de rechter (art. 2:338 lid 3 NBW).

§ 1.6 Kapitaal

Een BV is gebonden aan regels die betrekking hebben op de winstuitkering (art. 2:216 BW), inkopen van eigen aandelen (2:207 BW) en de vermindering van het aandelenkapitaal (2:208 BW). Deze artikelen zorgen voor bescherming van crediteuren en voorkomen dat een BV een te groot deel van haar vermogen uitkeert aan de aandeelhouders. In deze paragraaf worden de wijzigingen omtrent de bepalingen van de crediteurenbescherming besproken.

§ 1.6.1 Uitkeringen aan aandeelhouders

De regels omtrent dividenduitkering staan in artikel 2:216 BW. Voor zover de statuten niet anders bepalen, komt de winst de aandeelhouders ten goede. Dit betekent dat de volledige winst moet worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. In de statuten van veel BV's is bepaald dat de winst ter beschikking staat van de algemene vergadering. Zij zullen bepalen wat de bestemming van de winst wordt. Dit is volgens de expertgroep een aanwijzing dat dit wetsartikel niet meer voldoet.⁵²

In lid 2 staat vermeld dat de vennootschap alleen aan de aandeelhouders en andere gerechtigden kan uitkeren, als het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden. Alles wat dus boven de zogenaamde *gebonden reserves* valt, zijn vrij uitkeerbare reserves en mogen uitgekeerd worden. Als tijdens de uitkering eigen vermogen *niet* groter is dan aan het lid 2 gestelde eis, dan is de uitkering nietig.

De huidige wetgeving was verouderd, zeker nadat de hoge raad uitspraak deed bij het Nimox-arrest⁵³ en het Reinders Didam arrest⁵⁴. Hierin werd bepaald dat, ook indien een vennootschap de wettelijke regels van kapitaalbescherming heeft nageleefd, een besluit tot dividenduitkering toch onrechtmatig kan zijn tegenover schuldeisers van de vennootschap.

Na de wetswijziging

Op advies van de expertgroep is artikel 2:216 lid 1 gewijzigd. In het nieuwe lid worden het oude lid 1 en 2 samengevoegd. Verder is deze meer gericht op de praktijk. Het lid bepaalt dat de *algemene vergadering* bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen. Het bovenstaande is pas mogelijk als het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. In het wetsvoorstel was de zinsnede "*Voor de vaststelling van het eigen vermogen en de reserves is de laatst vastgesteld jaarrekening* bepalend" toegevoegd. In het wetsvoorstel "Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht" is deze zin weer vervallen. Dit komt omdat deze zinsnede geen rekening houdt met eventuele tussentijdse uitkeringen op basis waarvan het eigen vermogen volgens de laatst vastgestelde jaarrekening al zou zijn afgenomen.⁵⁵

Tevens is geregeld dat de statuten de bevoegdheid tot het bepalen van de winstbestemming door de algemene vergaderingen kunnen beperken of toekennen aan een ander orgaan. Een voorbeeld van een beperking is het opnemen van statutair winstrecht (deel van de winst komen aan bepaalde personen toe) of dat de winst onder bepaalde omstandigheden wordt gereserveerd.⁵⁶

⁵² Asser 2000, p. 661-663

⁵³ HR 8 november 1991, NJ 1992,174 (Nimox)

⁵⁴ HR 6 februari 2004, JOR 2004/67 (Reinders Didam)

⁵⁵ Dieleman 2011, p.16

⁵⁶ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr 3., p. 69

Daarnaast komt in het nieuwe lid 2 een belangrijke wijziging: de uitkeringstoets wordt ingevoerd. De bestuurders zijn verantwoordelijk voor het uitvoeren van deze uitkeringstest. Een besluit van de aandeelhoudersvergadering dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur kan de goedkeuring slechts weigeren indien hij weet en redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap binnen een jaar na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het bestuur zal dus de financiële positie van de vennootschap moeten beoordelen met het oog op de belangen van de schuldeisers.

De zinsnede “kunnen blijven voortgaan met het betalen van opeisbare schulden”, doelt erop dat de vennootschap niet in korte tijd in de situatie van een surseance van betaling belandt of uiteindelijk failliet gaat. De bestuurder dient dus, naast te letten op de schulden ten tijde van de uitkering, ook te letten op schulden die in de komende tijd opeisbaar zullen worden.⁵⁷ Naast de specifieke kenmerken van een vennootschap zijn er andere factoren die bij de beoordeling een rol kunnen spelen, zoals liquiditeit, solvabiliteit en de rendabiliteit.⁵⁸

In het nieuwe lid 3 worden de gevolgen belicht indien een vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van opeisbare schulden. Na de wetswijziging is de sanctie na het onreglementair uitkeren aan aandeelhouders geen nietigheid, maar aansprakelijkheid van bestuurders.

In beginsel zijn de bestuurders aansprakelijk, wanneer ze dividend uitkeren terwijl ze wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet meer de opeisbare schulden kan betalen. De verbondenheid van de bestuurders geldt jegens de vennootschap en voor het bedrag of de waarde van de uitkeringen, inclusief de wettelijke rente. Degenen die de uitkering ontvingen, terwijl zij wisten of behoorden te voorzien dat na uitkering de vennootschap niet meer de opeisbare schulden kan betalen, zijn gehouden tot terugbetaling van de uitgekeerde bedragen, indien de vennootschap binnen een jaar failliet raakt.⁵⁹ Dit is de periode waarin, indien de vennootschap failliet raakt, wordt vermoed dat bestuurders ten tijde van de uitkering wisten dat de vennootschap na de uitkering haar verplichtingen niet meer kon nakomen (art. 45 FW). Voor de bestuurders is het dus een extra prikkel om de aandeelhouders en andere uitkeringsgerechtigden te informeren over de afwegingen bij de uitkeringstest en wat de gevolgen hiervan kunnen zijn. Zo kan de bestuurder, indien ze uit hoofde van aansprakelijkheid heeft betaald, dit bedrag terugvorderen bij degene die de uitkering heeft ontvangen, omdat de ontvanger in dat geval niet te goeder trouw is.⁶⁰ Een bestuurder zou er in dit geval goed aan doen om bij de besluitvormingen notulen van de vergadering te maken. Hierbij dient hij te verlangen dat in de notulen duidelijk wordt opgenomen dat de bestuurder wel of niet tegenstemt, en wat de reden daarvan is.⁶¹

Dortmond is van mening dat de nieuwe goedkeuringsregeling rechtszekerheid kan bieden voor het bestuur en de aandeelhouders. Bestuurders kunnen door deze nieuwe bevoegdheid onverantwoorde uitkeringen voorkomen, terwijl de aandeelhouders bij afwezigheid rondom de besluitvorming tot uitkering, in dat geval kunnen steunen op de bevoegdheid tot goedkeuring van het bestuur, zonder problemen te krijgen omtrent aansprakelijkheid.⁶²

Aansprakelijkheid van het bestuur mag niet snel worden aangenomen. Bij het besturen van een vennootschap nemen bestuurders namelijk de nodige risico's en hebben zij een zekere

⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3., p. 71

⁵⁸ Bij de liquiditeit wordt er gekeken naar de verhouding tussen vlottende activa (bv. Voorraden of debiteuren) en de kortlopende schulden. Bij de solvabiliteit geldt dat voor verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen (leningen). De rentabiliteit kan worden uitgedrukt in de formule: rente + winst in verhouding tot het totale vermogen.

⁵⁹ De ‘voorzienbaarheid’ wordt in de memorie van toelichting op ongeveer 1 jaar gesteld.

⁶⁰ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3, p. 31

⁶¹ Bier 2012, p. 188

⁶² Dortmond 2009, p. 202-203

mate van beleidsvrijheid bij het nemen van beslissingen. Na de wetswijziging wordt aangesloten bij het bestaande recht ten aanzien van aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap, wat betekent dat nieuwe wettelijke bepalingen niet snel leiden tot onevenredige aansprakelijkheidsrisico's in het kader van uitkeringen van aandeelhouders.⁶³ Een bestuurder kan volgens lid 3 niet aansprakelijk worden gesteld, als hij bewijst 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. Dit lid vloeit voort uit artikel 2:9 BW, waarin het begrip 'behoorlijk bestuur' wordt uitgelegd. De bestuurder moet dus zijn best hebben gedaan om te voorkomen dat de schulden van de vennootschap na de dividenduitkering niet meer kunnen worden uitbetaald, of aantonen dat er een onvoorzienbare externe omstandigheid was na het uitkeren van dividend. Een voorbeeld hiervan is het (plotselinge) wegvallen van een belangrijke klant. Vanzelfsprekend dient een bestuurder behoorlijk zijn taak te vervullen.⁶⁴ In het geval van uitkeringen dient de boekhouding dus in orde te zijn en hij dient een redelijk en onderbouwd oordeel te geven over de financiële positie van de vennootschap. Verder dient hij bij zijn berekening de belangen van de schuldeisers van de vennootschap mee te wegen. Zo laat de bestuurder zien dat de uitkering geoorloofd is en voorkomt dat hij aansprakelijk kan worden gesteld voor het tekort dat na de uitkering is ontstaan.

In lid 4 van het artikel staat geregeld dat de 'feitelijk beleidsbepaler' tevens aansprakelijk wordt gesteld indien het geval van lid 3 zich voortdoet. Naast de bestuurder kan dus bijvoorbeeld de raad van commissarissen aansprakelijk worden gesteld, indien zij zich bemoeid hebben bij het bepalen van de uitkeringen aan aandeelhouders.

Naast de aansprakelijkheidgrond bij de uitkeringstoets bestaat de mogelijkheid om een bestuurder aan te spreken op grond van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW). Het aansprakelijkheidsvereiste in dit artikel is lastiger te bewijzen dan het vereiste in artikel 2:216 BW.⁶⁵ Omdat na de wetswijziging bij een ongeoorloofde dividenduitkering op dit artikel waarschijnlijk geen beroep wordt gedaan, laat ik dit artikel buiten beschouwing.

§ 1.6.2 Inkopen van aandelen

Het verkrijgen van de eigen aandelen van de BV wordt geregeld in artikel 2:207 BW. In het eerste lid staat geregeld dat het verkrijgen door de vennootschap gestorte aandelen slechts mag, wanneer de aandelen zijn volgestort. In het tweede lid wordt bepaald dat een vennootschap haar eigen aandelen om niet (kostenloos – komt niet vaak voor) kan verkrijgen, of het nominale bedrag van de te verkrijgen en de door de vennootschap (en haar dochtermaatschappij) gehouden aandelen niet meer dan de 50% van het geplaatste kapitaal mag bedragen. De sanctie voor het niet naleven van deze regel is nietigheid van de verkrijging en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder(s) (art. 2:207a lid 1 en 2 BW). Verder wordt gesteld dat inkoop van aandelen niet ten koste mag gaan van het *gebonden* vermogen (kapitaal, wettelijke en statutaire reserves).

Na de wetswijziging

De vereisten die worden gesteld zijn onnodig streng. Als een BV meer dan 50% van haar eigen aandelen wil inkopen, moet dit zijn toegestaan, mits deze inkoop het gebonden vermogen van de BV niet aantast en zo de positie van de crediteuren niet verslechtert. De '50%- regel' wordt dus afgeschaft. Wel moet ervoor worden gezorgd dat ten minste één aandeel met stemrecht en winstrecht blijft uitstaan bij derden, want zonder een vergadering van aandeelhouders kan een BV niet behoorlijk functioneren. (nieuwe artikel 2:175 lid 1 BW)⁶⁶

⁶³ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3, p. 32

⁶⁴ Artikel 2:9 BW. Wordt bekrachtigd door het Staleman/Van der Ven-arrest (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360) en HR 8 april 2005, *JOR* 2005, 119

⁶⁵ Barneveld 2009, p.697

⁶⁶ Lennarts 2004, p. 41-42

Indien er geen aandeel met stemrecht buiten de vennootschap of haar dochtervennootschap geplaatst is, dan wordt een aandeel geplaatst bij het gezamenlijk bestuur (art. 207a lid 2 NBW)

Artikel 2:207 lid 1 NBW regelt dat de bestuurders beslissen over de verkrijging van eigen aandelen. Indien de vennootschap na verkrijging van de eigen aandelen niet meer kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de verkrijging van eigen aandelen is ontstaan. Verder is de vervreemder van de aandelen van de aandelen, die wist of behoorde te weten dat de vennootschap na de verkrijging niet meer haar opeisbare schulden kan betalen, aansprakelijk voor het tekort dat door de verkrijging is ontstaan. (2:207 lid 3 BW). Deze aansprakelijkheidsregeling is hetzelfde geregeld als bij de dividenduitkering (paragraaf 1.6.1)

§ 1.6.3 Vermindering aandelenkapitaal

Een vennootschap heeft de mogelijkheid om haar geplaatste kapitaal te verminderen. Dit kan op twee manieren worden gedaan: de aandelen kunnen worden ingetrokken (worden terugbetaald aan aandeelhouders) of het bedrag kan bij een statutenwijziging worden verminderd (art. 2:208 lid 1 BW). Artikel 2:209 lid 3 bepaalt dat een schuldeiser binnen twee maanden verzet kan instellen tegen een voorgenomen kapitaalvermindering. De expertgroep stelt dat van deze verzetmogelijkheid nauwelijks tot geen gebruik wordt gemaakt en adviseert hierbij om deze regeling te schrappen.⁶⁷ Bovendien is het voor schuldeisers niet eenvoudig om te raadplegen wanneer een vennootschap haar kapitaal vermindert. Volgens artikel 2:209 lid 1 dient een vennootschap dit te publiceren in een landelijk verspreid dagblad. Een schuldeiser wordt geacht dit te hebben gelezen; hij zal dus dagelijks meerdere kranten moeten raadplegen om te weten of een vennootschap haar kapitaal intrekt of vermindert.

Na de wetswijziging

Het advies van de expertgroep is overgenomen; de verzetsregeling van artikel 2:209 komt te vervallen. Verder is in het kader van crediteurenbescherming in lid 6 opgenomen dat terugbetaling slechts mogelijk is, indien het eigen vermogen groter is dan de statutaire en de wettelijke reserves. Verder zijn de leden 2 t/m 4 van artikel 2:216 van toepassing op dit artikel, wat betekent dat er een goedkeuring van het bestuur (en dus een uitkeringstest) nodig is bij de terugbetaling nadat de aandelen zijn ingetrokken. Als na de terugbetaling de vennootschap niet meer de opeisbare schulden kan betalen, dan is de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk.

§ 1.6.4 Financiële steunverlening

Een vennootschap of haar dochtermaatschap mag niet, met het oog op het nemen of verkrijgen van de door anderen van aandelen in haar kapitaal of van certificaten daarvan, zekerheid stellen, een koersgarantie geven, zich op andere wijze sterk maken of zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden. Dit staat geregeld in art. 2:207c lid 1 BW.

Er is moeilijk onderscheid te maken tussen welke handelingen wel en niet zijn toegestaan. Bijvoorbeeld wordt er in het arrest *De Wit & Van Tol B.V.*⁶⁸ bepaald dat het toegestaan is dat de vennootschap hypothecaire zekerheid verstrekt om gelden te kunnen lenen die vervolgens worden gebruikt om uit te lenen met het oog op het verkrijgen van aandelen in haar eigen kapitaal. Verder zou het artikel 207c een belemmerende werking hebben op de het herstructureren van concerns en op de verzelfstandiging van onderdelen van concerns.⁶⁹

⁶⁷ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3., p. 95

⁶⁸ HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 360

⁶⁹ Lennarts 2004, p.46

Na de wetswijziging

Artikel 2:207c BW zal komen te vervallen. Hierdoor valt de sanctionering terug op de algemene regels voor bestuurshandelingen. Het bestuur dient dus zijn taken behoorlijk te vervullen en is aansprakelijk voor de gevolgen van zijn bestuurshandelingen.⁷⁰

§ 1.7 Conclusie

Het huidige BV-recht gaat op de schop. Veel bepalingen zijn belemmerend voor de praktijk of sluiten niet aan op de huidige praktijk. De achterliggende gedachte van de wetswijziging is dat het BV recht eenvoudiger en flexibeler wordt. Zo worden na wetswijziging onder andere de (administratieve) lasten verminderd, onnodige of belemmerende regels zullen vervallen en zal de wetswijziging zorgen voor meer rechtszekerheid. Onder meer zullen de regelingen omtrent het inrichten van een BV, de crediteurenbescherming, de aandelen en de geschillenregeling zullen veranderen. Naar verwachting zal de wetswijziging in juli 2012 of januari 2013 in werking treden.

⁷⁰ Kamerstukken II 2009, 2010, 32 426, nr. 3, p. 21

Hoofdstuk 2: Kritieken en praktijkgevolgen

In dit hoofdstuk wordt de flexibilisering van het BV-recht nader belicht. Er worden positieve aspecten, maar ook punten van kritiek besproken. Daarnaast worden gevolgen besproken voor bestuurders, aandeelhouders en betrokken partijen. Doordat de BV flexibeler wordt, ontstaan er twijfels of nieuwe wetgeving genoeg rechtszekerheid biedt. De praktijk is zelden zwart-wit, zoals onder meer de memorie van toelichting van het wetsvoorstel laat blijken. Uit de literatuur blijkt dat nog niet alle vragen omtrent de bestuurdersaansprakelijkheid, kapitaalsbescherming en aandelen na de wetswijziging zijn beantwoord. Daarnaast is kritiek geuit op sommige punten van het wetsvoorstel.

§ 2.1 Kapitaal en dividenduitkering

Zoals vermeld in paragraaf 1.6.1, is bij iedere vorm van uitkering (onder andere het inkopen en intrekken van eigen aandelen, dividenduitkering en kapitaalvermindering), de nieuwe uitkeringstest van toepassing. De bestuurder dient goedkeuring te geven voor iedere vorm van uitkering. Hierbij dient de bestuurder te weten of redelijkerwijs te voorzien dat de BV na de uitkering haar opeisbare schulden nog kan betalen. Indien dit binnen een jaar na de uitkering het betalen van schuldeisers niet meer mogelijk is (vanwege faillissement) en de bestuurder dit wist of behoorde te voorzien, dan is de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan (artikel 2:216 NBW).

In het kader van de crediteurenbescherming wordt na de wetswijziging het 'preventieve toezicht' (het startkapitaal) afgeschaft en maakt het plaats voor de goedkeuringsregeling van de bestuurder. Het verplichte bijeen te brengen minimumkapitaal bij oprichting verschuift naar een beoordeling *achteraf* of er gelden worden uitgekeerd aan de aandeelhouders ten nadele van de schuldeisers. Hiermee wordt de bestuurder van een BV dus belast met een zware taak. Hij moet zelf afwegen wat de consequenties zijn van bepaalde uitkeringen of transacties. Daarnaast blijft de beklamel-norm van het huidige recht van toepassing.

§ 2.1.1 Positie en aansprakelijkheid aandeelhouders

In paragraaf 1.6 is de aansprakelijkheid van bestuurders met betrekking tot de goedkeuringsregeling besproken. In lid 3 van artikel 2:216 NBW wordt de aandeelhouder betrokken bij de aansprakelijkheid. Degene die de uitkering ontving terwijl hij wist of behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, ten hoogste voor het bedrag of de waarde van de ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.

De aandeelhouders gaan dus niet altijd vrijuit bij een uitkering waarbij de vennootschap later haar schulden niet meer kan betalen. De aandeelhouder is gehouden om het uitgekeerde bedrag aan de vennootschap terug te betalen, als hij voldoet aan de vereisten van lid 3. Als de bestuurders het tekort al (uit hun 'eigen portemonnee') betaald hebben, dan moet de aandeelhouder het de ontvangen uitkering aan de bestuurder betalen.

Voor de wetswijziging gaf het Nimox-arrest (paragraaf 1.6.1) de aansprakelijkheidsregeling voor aandeelhouders aan. Dit arrest is ook nog van toepassing na de wetswijziging. Bier stelt dat de aandeelhouder onder omstandigheden op grond van het Nimox-arrest rechtstreeks jegens de schuldeisers aansprakelijk kan zijn. Dit kan bijvoorbeeld wanneer de aandeelhouder in gebreke blijft met het terugbetalen van de ontvangen dividenduitkering, terwijl hij volgens artikel 2:216 lid 3

BW tot terugbetaling van de uitkering verplicht is in het geval van een ongeoorloofde uitkering.⁷¹

Verder was het aansprakelijkheidsvereiste wegens ongeoorloofde uitkering verduidelijkt in het Nimox-arrest. Het subjectieve vereiste voor aansprakelijkheid, was dat aandeelhouders ten tijde van een uitkering van dividend *ernstig rekening moesten houden* met een tekort. Barneveld merkt terecht op dat na de wetswijziging dit subjectieve vereiste verzwaard wordt. Het lichte vereiste *ernstig rekening moesten houden* wordt nu gewijzigd in *wisten of behoorden te voorzien*. Dit vereiste is moeilijker te bewijzen en maakt het in de praktijk moeilijker om een aandeelhouder op grond van artikel 2:216 aansprakelijk te stellen en het ongeoorloofde uitgekeerde bedrag terug te vorderen. Barneveld verwacht dan ook dat eerder een beroep wordt gedaan op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) dan op artikel 2:216. Hij vermoedt dat de rechter echter niet snel geneigd zal zijn om aan te nemen dat er sprake is van een onrechtmatige daad, als een aandeelhouder niet aansprakelijk is op grond van 2:216 BW. Hierdoor zou de kans bestaan dat het subjectieve criterium voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (in het geval van onttrekken van vermogen) zal verschuiven van het criterium *ernstig rekening moesten houden* naar *wisten of behoorden te voorzien*. Hierdoor wordt de norm van de onrechtmatige daad alsnog ingeperkt en zal uiteindelijk een beroep gedaan moeten worden op artikel 2:216⁷². Na de wetswijziging zal in de praktijk en jurisprudentie gaan blijken hoe de aansprakelijkheidsnorm voor aandeelhouders ingevuld gaat worden. Naar verwachting wordt de aansprakelijkheid van aandeelhouders na de wetswijziging dus verkleind.

Barneveld is van mening dat na de wetswijziging de actio pauliana (art. 42 e.v. FW) het aantrekkelijkste middel wordt om uitkeringen aan aandeelhouders bij faillissement van een vennootschap ongedaan te maken. Dit artikel maakt het mogelijk om verrichte rechthandelingen voor het faillissement, waarvan de schuldenaar (lees:bestuurder) wist dat hierdoor schuldeisers benadeeld zouden worden, te vernietigen. Artikel 45 FW bepaalt dat als een uitkering binnen een jaar voor het faillissement heeft plaatsgevonden, er wordt vermoed dat het bestuur wist of behoorde te weten dat de uitkering een benadeling van schuldeisers zou opleveren. Het zal voor de bestuurder in dit geval niet eenvoudig zijn om dit bewijsvermoeden te weerleggen. In tegenstelling tot artikel 2:216 lid 3 NBW, dient bewezen te worden dat de *aandeelhouder* dit wist of behoorde te weten. De aandeelhouder staat wat meer op afstand van de vennootschap, waardoor het vereiste 'weten of redelijkerwijs behoren te voorzien' van de aandeelhouder moeilijker te bewijzen is.⁷³ Het is dus voor een curator eenvoudiger het 'weten of behoren te voorzien' van een bestuurder te bewijzen, om op deze wijze een dividenduitkering ongedaan te maken.⁷⁴ Het beroep op artikel 42 FW (het faillissementspauliana) zou dus een effectiever instrument zijn dan het beroep op artikel 2:216 lid 3 BW. Ik kan mij hierin vinden en ik verwacht ook dat vaker een beroep zal worden gedaan op art. 42 FW, dan op artikel 2:216 lid 3 NBW.

In de memorie van antwoord van 1 maart 2012 is de vraag gesteld of de curator ook de mogelijkheid heeft om actio pauliana (art. 42 FW) in te roepen in plaats van artikel 2:216 lid 3 NBW. De minister van veiligheid en justitie (hierna: de minister) heeft geantwoord dat artikel 2:216 specifiek aansluit op de dividenduitkering dan de actio pauliana. Volgens de minister is het te verwachten dat de vennootschap, dan wel de curator, zich beroept op artikel 2:216 NBW en niet op artikel 42 FW in het geval dat een uitkering leidt tot het niet kunnen voortgaan met betalen van de opeisbare schulden van de vennootschap.⁷⁵ Ik vind deze reactie onvoldoende gemotiveerd. Er wordt niet gesproken over de effectiviteit van beide

⁷¹ Bier 2012, p. 190

⁷² Barneveld 2009, p.693-695

⁷³ Barneveld 2009, p.696

⁷⁴ Bij het ongedaan maken van een dividenduitkering zijn de aandeelhouders dus verplicht om het uitgekeerde bedrag aan dividend terug te betalen aan de vennootschap.

⁷⁵ *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C, p. 12,13

mogelijkheden om een dividenduitkering ongedaan te maken, maar er wordt slechts gesteld dat artikel 2:216 NBW specifiek aansluit op de dividenduitkering.

De minister heeft bevestigd dat *schuldeisers* noch beroep kunnen doen op het faillissementspauliana van artikel 42 FW, noch op artikel 2:216 lid 3 BW. Slechts de curator kan hier een beroep op doen, omdat de geregelde aansprakelijkheid van artikel 2:216 BW geldt jegens de vennootschap en niet jegens derde schuldeisers. Schuldeisers kunnen echter wel zich beroepen op art. 3:45 BW, waarbij vernietigbaarheid van een *onverplichte* rechtshandeling⁷⁶ worden geëist, wanneer hierdoor schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.⁷⁷ Dit betekent dat het beroep op artikel 3:45 BW in dit geval openstaat voor schuldeisers.⁷⁸

In de praktijk zal moeten blijken waar in dit geval de curator of de vennootschap beroep op zal doen. Jurisprudentie zal in dit geval weer bepalend zijn, gezien er nog onduidelijkheden bestaan over de vraag welk artikel het meest effectief zal zijn voor het ongedaan maken van een uitkering aan aandeelhouders.

§ 2.1.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid aandeelhouders

Zoals besproken, kan volgens artikel 2:192 lid 1 sub a worden bepaald dat aandeelhouders extra verbintenissen bij het nemen van een aandeel of bij een statutenwijziging worden opgelegd. De mogelijkheid bestaat dat in de statuten wordt opgenomen dat een aandeelhouder privé aansprakelijk is voor de gemaakte schulden van een vennootschap. Dit zou van pas komen voor een moederbedrijf van een concern, waarbij de moeder de meerderheid van de aandelen bezit van de dochter. Als een dochtervennootschap schulden heeft die zij niet kan betalen, dan is de moeder aansprakelijk voor de resterende schulden. Dit kan problemen voorkomen, zoals een faillissement van een dochtervennootschap in het geval zij haar schulden/verplichtingen niet meer kan betalen/nakomen. In de memorie van antwoord van maart 2012 is gevraagd of, indien deze hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling in de statuten is opgenomen, alleen de vennootschap kan afdwingen dat deze aandeelhouder de opeisbare schulden aan de derde (schuldeiser) betaalt. De minister geeft als antwoord dat door de kenbaarheid van een dergelijke aansprakelijkheid, een derde de verplichting tot betaling van de aandeelhouder rechtstreeks kan afdwingen. Dit is vergelijkbaar met de verbondenheid van vennoten in een vennootschap onder firma.⁷⁹ Hierbij zijn alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden bij een vennootschap onder firma, net als iedere aandeelhouder binnen een vennootschap hoofdelijk verbonden is voor de opeisbare schulden die de vennootschap niet kan betalen. Ik verwacht dat in de praktijk niet vaak van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, omdat een moeder ook de schulden van een dochter kan afbetalen door bijvoorbeeld geld te lenen aan een dochter.

§ 2.1.3 Positie en aansprakelijkheid bestuurders

De bestuurder kan zich volgens artikel 2:216 lid 3 *disculperen* (bewijzen dat zijn schuld hieraan ontbreekt), wat hem niet meer aansprakelijk maakt. In dit geval moet hij ten eerste bewijzen dat het hem niet is te verwijten dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan. Deze situatie kan zich slechts voordoen als er meerdere bestuurders beleid voeren binnen een vennootschap. Deze bestuurder kan enkel geen verwijt worden gemaakt als hij *tegen* de

⁷⁶ Handeling zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat. Een uitkering van dividend wordt in de literatuur beschouwd als een onverplichte rechtshandeling, omdat het bij pauliana gaat om de relatie tussen de debiteur en de wederpartij. De verplichting van het bestuur jegens de aandeelhoudersvergadering doet dus niet ter zake. Zie ook Barneveld 2009, p. 696

⁷⁷ *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C, p. 13

⁷⁸ Barneveld 2009, p. 696

⁷⁹ *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C, p. 15

goedkeuring van het uitkeringsbesluit heeft gestemd, maar omdat de rest van het bestuur vóór stemde, de uitkering toch heeft plaatsgevonden.

Bij het tweede vereiste plaatst van Duuren⁸⁰ haar vraagtekens. Een bestuurder kan niet aansprakelijk worden gesteld als hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen (de gevolgen van de dividenduitkering) daarvan af te wenden. Als de uitkering van dividend leidt tot het faillissement, dan is de vraag wat voor maatregelen het bestuur nog kan nemen om de gevolgen daarvan af te wenden. Bier⁸¹ noemt als enig voorbeeld dat een bestuurder een mededeling doet aan de aandeelhouders en andere bestuurders dat de kans aanwezig is dat na het uitkeren van dividend de vennootschap failliet zal gaan. Deze bestuurder zal zich daarentegen niet geliefd maken bij de medebestuurders, omdat door deze mededeling het 'wisten of behoorden te voorzien' (een vereiste voor aansprakelijkheid) van de medebestuurders makkelijker door de curator aangetoond kan worden (op grond van artikel 2:216 lid 3 BW), in het geval van een faillissement van de vennootschap. Barneveld denkt dat de wetgever doelt op de maatregelen die de bestuurder moet nemen om *indirecte* gevolgen na de uitkering af te wenden. Er kan worden gedacht aan het aantrekken van krediet om een door een uitkering veroorzaakt liquiditeitstekort op te kunnen vangen.⁸² Aan de andere kant kan het aantrekken van krediet tot meer schulden leiden. De vennootschap en de bestuurder zouden dan van de regen in de drup belanden.

Mijns inziens is de wetgever vaag met betrekking tot de bovenstaande disculpatiegrond. Wellicht was het een beter alternatief geweest om slechts bestuurders die ingestemd hebben met de dividenduitkering aansprakelijk te stellen, wat vergelijkbaar is met de regeling in het Amerikaanse *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA). Bestuurders die niet gestemd hebben, worden in dat geval geacht ingestemd te hebben met de goedkeuring, tenzij expliciet in de notulen van de bestuursvergadering vermeld wordt dat de bestuurder het oneens is met de uitkering. Bestuurders die niet tijdens de vergadering aanwezig waren, dienen hun bezwaren (indien zij het oneens zijn) voor of direct na de vergadering schriftelijk kenbaar te maken.⁸³ In het geval dat de niet-goedkeurende bestuurder kenbaar maakt dat hij vreest dat na de uitkering van dividend de vennootschap failliet kan gaan, is dit mijns inziens voldoende om de bestuurder te disculperen van aansprakelijkheid.

In de meeste gevallen zal de goedkeuring voor een dividenduitkering volgens Bier⁸⁴ geen problemen opleveren. In de praktijk bestaat bij veel BV's de algemene vergadering uit één aandeelhouder, die tevens enige bestuurder is. Dit heeft als logisch gevolg dat diegene zijn besluit tot uitkering van dividend goedkeurt. Ook voor vennootschappen die een bepaling in de statuten hebben staan, dat bestuurders eerst mogen besluiten dat een deel van de winst wordt gereserveerd waarna het restantbedrag ter beschikking komt voor de aandeelhouders, ontstaan er geen problemen. Als in dit geval de algemene vergadering er voor kiest om het restant bedrag uit te laten keren, dan zal de bestuurder zonder meer zijn goedkeuring geven. Door winst te reserveren is er immers een bedrag vrijgesteld voor bijvoorbeeld investeringen of het betalen van schuldeisers. Voor de overige BV's kunnen er na de wetswijziging omtrent dividenduitkering problemen ontstaan.

In de literatuur⁸⁵ is besproken dat de voorgestelde goedkeuringsregeling een spanningsveld op kan leveren tussen de bestuurders en de aandeelhouders. Als aandeelhouders besluiten tot uitkering van dividend en de bestuurder weigert goedkeuring hiervoor te geven, kan dit leiden tot conflictsituaties. Een starre houding van de bestuurder kan zelfs tot zijn ontslag leiden, omdat de aandeelhoudersvergadering het bestuur benoemt en ontslaat (artt. 2:242

⁸⁰ Van Duuren 2006, p.253-254

⁸¹ Oranje 2008, p.210

⁸² Barneveld 2011, p. 562

⁸³ §8.24 (d) en §8.33 RMBCA

⁸⁴ Bier 2012, p. 186

⁸⁵ Barneveld 2009, p.700 en Rulkens 2010, p.3

en 2:244 BW). Na het ontslaan van deze bestuurder kan de aandeelhoudersvergadering simpelweg een nieuwe bestuurder benoemen, die goedkeuring geeft aan besluit tot het uitkeren van dividend. De bestuurder kan dus door de aandeelhoudersvergadering onder druk worden gezet.⁸⁶ Na de wetswijziging vraagt de nieuwe BV dus om bestuurders met een 'rechte rug'.

Ik verwacht dat wanneer een bestuurder geen goedkeuring geeft tot het uitkeren van dividend, hij ontslag kan verwachten. Al zijn de aandeelhouders gehouden tot terugbetaling van het dividend als zij wisten of behoorden te voorzien dat na de uitkering de vennootschap failliet zou gaan, is het denkbaar dat zij graag dit risico nemen. Zij zijn immers slechts aansprakelijk tot het bedrag dat aan dividend is ontvangen. Daarnaast wordt het bestuur in eerste instantie als schuldige aangewezen. Na de wetswijziging zal blijken of er veel conflicten tussen bestuurders en aandeelhouders zijn over het uitkeren van dividend en of de baan van de bestuurder in dat geval op losse schroeven staat.

Mogelijkerwijs kan de bestuurder voor een ander dilemma staan. Zoals besproken mag een bestuurder het besluit tot goedkeuring *slechts* weigeren in het geval het voorzienbaar is dat als gevolg van de uitkering de vennootschap binnen een jaar failliet gaat. De minister bevestigt dat het bestuur om geen andere reden het besluit tot uitkering mag weigeren.⁸⁷ Ik vraag me af wat de bestuurder moet doen als de vennootschap door een uitkering de schulden nog wel kan betalen, maar bijvoorbeeld daardoor tegen ongunstige condities geld moet lenen, werknemers moet ontslaan of een of meer bedrijfsonderdelen moet verkopen. Dit zijn situaties die in strijd zijn met het belang van de vennootschap, maar niet leiden tot een faillissement. Volgens het instructierecht van artikel 2:239 lid 4 NBW, is een bestuurder niet gehouden om een aanwijzing van een vennootschap op te volgen, als deze in strijd is met het belang van de vennootschap. Het bestuur kan door dit besluit in een onmogelijke positie worden gebracht, omdat hij in dit geval niet kan voldoen aan twee gedragsnormen die tegenstrijdig met elkaar zijn.⁸⁸ Deze vraag is inmiddels (april 2012) door het CDA voorgelegd bij de Eerste Kamer en wacht op een reactie van de minister.⁸⁹ Hopelijk heeft de minister een antwoord hoe gehandeld moet worden in deze lastige situatie.

In het Nederlandse systeem staat niet het aandeelhoudersbelang, maar het vennootschappelijk belang centraal. Ik verwacht dat in de praktijk de aandeelhouder het laatste woord heeft, omdat hij de bestuurder kan dwingen door te dreigen dat de bestuurder ontslagen wordt als hij geen goedkeuring geeft voor een dividenduitkering.

Wat een bestuurder kan proberen, is om de aandeelhouders ervan te overtuigen dat na een investering de winst van een vennootschap zal stijgen en de bestuurder de winst vervolgens uitkeert. Als een bestuurder dit goed kan onderbouwen, is het aantrekkelijk voor aandeelhouders om te wachten met het besluit tot het uitkeren van dividend. De bestuurder kan hierbij bijvoorbeeld gebruik maken van een financieel plan.

De werkgeversorganisatie VNO-NCW⁹⁰ heeft al meerdere malen aangedrongen om de goedkeuringsregeling af te schaffen of te wijzigen. VNO-NCW verwacht net als Barneveld en Rulkens, dat wanneer een bestuurder de dividenduitkering niet goedkeurt, de bestuurder al snel ontslag te wachten staat. Aandeelhouders komen vaak goed geïnformeerd tot een besluit tot uitkering. De bestuurder dient namelijk de aandeelhouders te informeren over de financiële situatie van de vennootschap. Dit gebeurt onder andere middels de vaststelling van de jaarrekening. Omdat beide partijen kennis van zaken hebben over de financiële situatie van het bedrijf, kan dit discussies en spanningen opleveren. Naar verwachting willen bestuurders eventuele risico's op ontslag of aansprakelijkheid mijden. Bestuurders zullen

⁸⁶ Deze situatie is inmiddels (17 april 2012) door het CDA voorgelegd bij de Eerste Kamer en wacht een op een reactie van de minister. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. D, p. 7

⁸⁷ *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C, p. 11,12

⁸⁸ Zie ook: Van Veen 2012, p. 28

⁸⁹ *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. D, p. 8,9

⁹⁰ De VNO-NCW is een ondernemingsorganisatie. Zij behartigt de belangen van het Nederlandse Bedrijfsleven, zowel nationaal als internationaal.

advies inwinnen bij financieel experts, vrijwaringen of garanties claimen of een veilige marge aannemen bij het afwegen of een uitkering van dividend mogelijk is.⁹¹

Zo kan een bestuurder bij zijn benoeming een ontslagvergoeding proberen af te dwingen, voor het geval hij ontslagen wordt als hij niet meewerkt aan het uitkeren van dividend als hij van mening is dat na de uitkering de vennootschap faillieert.

Daarnaast kan een bestuurder een vrijwaring claimen van de aandeelhouders. Een voorwaarde voor de goedkeuring van een bestuurder kan zijn, dat hij een vrijwaring krijgt voor eventuele claims op grond van artikel 2:216 BW.⁹² Binnen een concern kan bijvoorbeeld de moedermaatschappij de schulden vergoeden wanneer een bestuurder privé aansprakelijk wordt gesteld als na een (risicovol) goedkeuringsbesluit de vennootschap haar schulden niet meer kan betalen. Een vrijwaring zal niet gelden als het faillissement te wijten is aan de (grove) opzet van een bestuurshandeling.

Verder kan een bestuurder zich proberen te verzekeren tegen hoofdelijke aansprakelijkheid. Hij kan hiervoor een zogenaamde D&O (directors & officers) verzekering afsluiten. In zijn algemeenheid dekt een D&O verzekering aansprakelijkheid wegens bewuste roekeloosheid of hoofdelijke aansprakelijkheid voor het opzettelijk handelen van een mede-bestuurder.⁹³ Vanzelfsprekend dekt deze verzekering niet alle vormen van aansprakelijkheid door verrichte handelingen van een bestuurder, zoals (grove) opzet. Voor de gevolgen van een besluit tot goedkeuring voor het uitkeren van dividend of rechtshandelingen waaruit verplichtingen voortvloeien, kan een bestuurder dus worden verzekerd. Na de wetswijziging zal blijken tot welk bedrag een verzekeraar de aansprakelijkheid van de bestuurder wil dekken en op welke aansprakelijkheidsgronden de verzekeringsmaatschappij zal uitkeren. Ik verwacht dat verzekeringsmaatschappijen na de wetswijziging voorzichtiger zullen zijn met het verzekeren van bestuurders voor aansprakelijkheid, omdat bestuurders na de wetswijziging eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld na het goedkeuren van een risicovolle uitkering van dividend.

Een nadeel van bovenstaande instrumenten als het inwinnen van advies, het claimen van vrijwaringen en garanties, of het verzekeren voor aansprakelijkheid, is dat het kosten met zich meebrengt voor de onderneming. Dat betekent dat de kosten bij het oprichten en het besturen van een BV hoog op kunnen lopen, wat tegenstrijdig is met de algemene gedachte van de flexBV. De oorspronkelijke gedachte was dat de wetswijziging zou moeten zorgen voor minder kosten voor het oprichten en besturen van een BV. Bovendien blijft het de vraag, in hoeverre een bestuurder zich kan verzekeren voor aansprakelijkheid.

VNO-NCW merkte op dat de Tweede Kamer toelichtte dat de nieuwe wetgeving zoveel mogelijk aansluit op de bestaande jurisprudentie op dat terrein. De organisatie zet hier haar vraagtekens bij. De jurisprudentie over aansprakelijkheid van aandeelhouders omtrent het onterecht uitkeren van dividend, wijst naar de actio Pauliana en de onrechtmatige daad. Als het wetsvoorstel zou aansluiten op de relevante jurisprudentie, dan zou de actio Pauliana en de onrechtmatige daadregeling voldoende zijn. Aan artikel 2:216 lid 3, de specifieke regeling van aansprakelijkheid bij dividenduitkering, zou in dit geval geen behoefte zijn. De jurisprudentie wordt dus niet gecodificeerd, maar in de plaats hier van komt een andere regeling. VNO-NCW pleit er dus voor dat uitkeringen door kapitaalvennootschappen, geheel vallen onder het algemeen vermogensrecht. De minister gaf in zijn memorie van antwoord van 2012 aan dat te verwachten valt dat de vennootschap of curator, in het geval van een ongeoorloofde dividenduitkering, zich eerder zal beroepen op artikel 2:216 NBW dan op artikel 42 FW (Pauliana, zie ook paragraaf 3.1.1).

Gezien het feit dat de meningen van de minister en de bovenstaande critici uiteenlopen, zal uit de praktijk moeten blijken op welk artikel beroep wordt gedaan in het geval van een

⁹¹ Brief van VNO-NWC aan de leden van de Vaste Commissie van Justitie Eerste Kamer d.d. 15 maart 2010, p.4

⁹² Oranje 2008, p.211

⁹³ Rutten 2010

ongeoorloofde uitkering. Vooralsnog roept het bovenstaande veel verwarring op. Ik verwacht dat de curator zal kiezen voor de effectiefste mogelijkheid tot verhaalbaarheid bij bestuurders en aandeelhouders, wat naar verwachting het beroep op artikel 42 FW is.

§ 2.1.4 Realisatie dividenduitkering

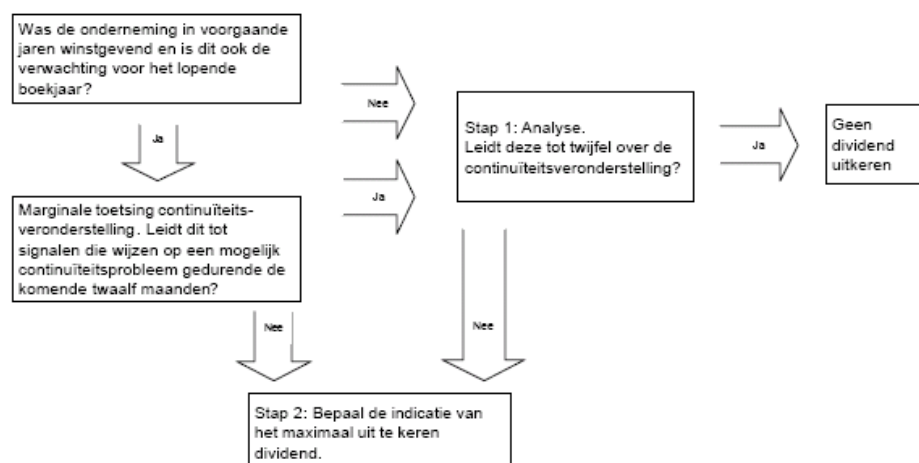
Er bestond enige onzekerheid over hoe de uitkeringstoets in de praktijk ingevuld moet worden. In de memorie van antwoord van maart 2012, laat de minister weten dat hij verwacht dat dit geen probleem zal zijn en verwijst in haar antwoord naar de notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, een onderdeel van het Nationale Taxonomie Project, van 5 november 2008.⁹⁴ Deze notitie biedt volgens de minister een handvat voor bestuurders en aandeelhouders bij het bepalen van de mogelijkheden van dividenduitkering.

De werkgroep acht twee vragen van belang bij de vraag of het mogelijk is om dividend uit te keren aan aandeelhouders:

- 1) Was de onderneming de afgelopen jaren winstgevend en is dit ook de verwachting voor het lopende boekjaar (continuïteitsanalyse), en zo ja,
- 2) wat is op grond van de liquiditeitspositie van de vennootschap de maximale uitkeringsruimte?

De onderstaande afbeelding schetst het door de werkgroep gemaakte stappenplan.

Stroomschema uitkeringstoets



Schema 1: Schema uitkeringstoets van Het Nederlandse Taxonomie project (Biesheuvel 2008, p.2)

De werkgroep maakt onderscheid in de continuïteitsveronderstelling (stap 1) en de uitkeringsruimte (stap 2). Bij de continuïteitsveronderstelling wordt er van uit gegaan dat de onderneming haar huidige activiteiten voortzet en niet overgaat tot bijvoorbeeld staking van haar werkzaamheden.

Met deze twee stappen wordt er rekening gehouden met de vraag of er twijfel is over de continuïteit van de onderneming (voor tenminste de komende 12 maanden). Als de continuïteit zou worden bedreigd, dan zou er geen dividend mogen worden uitgekeerd. Er dient hier dus voldoende zekerheid over te zijn.

Als er niet wordt getwijfeld over de continuïteit van de onderneming, kan verder worden gegaan naar stap 2. Aan de hand van de rekenmethoden die de werkgroep in haar model omschrijft, kan berekend worden wat het maximaal uit te keren dividend is. Bij de bepaling

⁹⁴ Biesheuvel 2008

van het uit te keren bedrag moet rekening worden gehouden met voorzienbare uitgaven. Hierbij denkt de werkgroep aan investeringen, nog niet in de jaarrekening opgenomen aflossingsverplichtingen en bijzondere kostenposten. Daarnaast dient een bestuurder rekening te houden met onzekere factoren en toekomstverwachtingen. Voorbeelden zijn investerings- of aflossingsverplichtingen, personeelsproblemen of het (te verwachten) verlies van klanten of een belangrijke afzetmarkt.

Er zijn talloze factoren waardoor bedrijfsrisico's kunnen ontstaan. De werkgroep heeft slechts enkele voorbeelden in haar rapport opgenoemd. De notitie geeft dus geen concrete aanknopingspunten bij het bepalen voor de uitkering beschikbare ruimte. Voor een bestuurder is het toch raadzaam om dit stappenplan te gebruiken als er om goedkeuring wordt gevraagd bij een besluit tot uitkering van dividend. Hoewel dit rapport een handvat biedt voor de afweging of een besluit redelijkerwijs kan worden goedgekeurd, valt het niet uit te sluiten dat door gebruik te maken van dit schema, de bestuurder voorkomt dat na de uitkering schulden ontstaan die de vennootschap niet meer kan betalen.⁹⁵ Bovendien zal een rechter in het geval van faillissement bepalen of een bestuurder zijn werk goed heeft gedaan. Daarnaast zullen er altijd (on)voorzienbare omstandigheden blijven bestaan waardoor een bedrijf plots failliet kan gaan. Als een faillissement ten tijde van de dividenduitkering voorzienbaar was, dan kan een bestuurder hierop worden aangesproken. Dit geldt niet voor onvoorzienbare omstandigheden. Voor een bestuurder is het dus belangrijk om met alle denkbare factoren rekening te houden ten tijde van zijn goedkeuringsbesluit tot uitkering. Als een bestuurder zijn afwegingen en analyses schriftelijk vastlegt en zijn besluit tot goedkeuring op een correcte wijze onderbouwt, dan verkleint hij aanzienlijk zijn kans op aansprakelijkheid als een vennootschap toch failliet zou gaan na het uitkeren van dividend. Hierbij is communicatie met de aandeelhouders belangrijk. Bij een vergadering is het belangrijk om notulen vast te leggen, zodat later valt aan te tonen dat met de aandeelhouders is gecommuniceerd en op basis van welke feiten besluiten zijn genomen.

Er bestond een lange tijd onduidelijkheid over de vraag, op welk moment de bestuurder aansprakelijk is. Een bestuurder kan er voor kiezen om niet direct het dividend uit te keren, nadat hij hier zijn goedkeuring voor heeft gegeven. Tussen deze twee handelmomenten kunnen financiële schommelingen plaatsvinden binnen de vennootschap. Het is dus denkbaar dat ten tijde van de goedkeuring de uitkering geoorloofd was, maar op het moment van dividenduitkering dit *niet* meer geoorloofd is. De minister heeft in haar conclusie van antwoord van maart 2012 toegelicht dat het moment van aansprakelijkheid van bestuur, het moment is waarop het bestuur dividend uitkeert.⁹⁶ Dit betekent dat, indien een bestuurder ten tijde van goedkeuring een keurige afweging heeft gemaakt, hij later toch aansprakelijk kan worden gesteld, wanneer hij het dividend op een later tijdstip uitkeert. Na de wetswijziging is het dus raadzaam voor een bestuurder om na zijn verleende goedkeuring, direct het bedrag aan dividend uit te keren aan de aandeelhouders. Een bestuurder kan ook wederom de uitkeringstest doen, maar dit kan veel tijd en moeite kosten.

Zoals besproken, is een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk indien na een dividenduitkering waarbij hij wist of behoorde te weten dat hierdoor de vennootschap binnen een *jaar* failliet zou gaan.⁹⁷ Bij de uitkeringstoets gaat het er om wat de bestuurder op het moment van de

⁹⁵ Zie anders: Van Veen 2012 p. 27. Van Veen is van mening dat het rapport geen objectieve maatstaven biedt. De genoemde risico's zouden een niet-limitatieve opsomming zijn en de methode zou 'slechts' een indicatie zijn, aldus de werkgroep. Van Veen beweert dat bestuurders niet veel aan het rapport zullen hebben. Ik ben het hier niet mee eens. Gezien een uitkeringstest zelden zwart-wit is (bij iedere vennootschap spelen andere factoren mee), kunnen er mijns inziens geen objectieve maatstaven voor worden gemaakt, maar in dit geval wel richtlijnen. Een bestuurder wordt hiermee op weg geholpen bij de afweging van het uitkeren van dividend.

⁹⁶ *Kamerstukken I 2011/12*, 31058/32426, nr. C, p. 13

⁹⁷ De minister bevestigde in september 2011 nogmaals dat de periode maximaal één jaar de gebruikelijke termijn is voor wat men behoort te weten. Het jaartermijn is afgeleid uit artikel

uitkering weet of behoort te weten. Met andere woorden: informatie dat redelijkerwijs bij de afweging kan worden betrokken.⁹⁸ Bier stelt dat de goedkeuring mede afhangt van de soorten verplichtingen die een vennootschap is aangegaan en de termijn waarop deze verplichtingen voldaan moeten worden. Als op moment van goedkeuring het bekend is dat na vijftien maanden een lening moet worden afgelost, kan dit onder omstandigheden relevant zijn voor de vraag of een uitkering verantwoord is.⁹⁹

Zonder te diep in te gaan op het insolventierecht, vraag ik me af wat zal het gevolg zijn als een vennootschap na het uitkeren van dividend na bijvoorbeeld dertien maanden failliet gaat. Het is niet door de wetgever en de literatuur besproken of in dit geval een bestuurder dan nog steeds hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Als een bestuurder betalingsregelingen treft met schuldeisers of vraagt om uitstel van betaling, dan kan hij het faillissement uitstellen, ook al weet hij dat hij uiteindelijk niet alle schulden kan afbetalen. Dit zou betekenen dat een bestuurder niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld en de aandeelhouders het uitgekeerde dividend mogen houden. Als een vennootschap na dertien maanden na een dividenduitkering failliet gaat en er beroep wordt gedaan op artikel 2:216 lid 3 BW, dan zullen waarschijnlijk de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW meewegen. Ik verwacht dat jurisprudentie na de wetwijziging verheldering zal geven over de gestelde termijn in de memorie van toelichting.

§ 2.2 Minimumkapitaal en storting

§ 2.2.1 Minimumkapitaal

Na de wetwijziging wordt het minimumkapitaal bij het oprichten van een BV afgeschaft. Het zou dus al mogelijk om vanaf één euro een BV op te richten. De vraag is echter hoe dit in de praktijk zal uitwerken. De beklamel-norm¹⁰⁰ stelt dat een benadeelde schuldeiser een bestuurder van een vennootschap hoofdelijk aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad, indien de bestuurder ten tijde van het aangaan van de transactie al wist of moest weten dat de vennootschap de transactie niet (tijdig) kon nakomen en geen verhaal zou bieden voor de door die wanprestatie veroorzaakte schade.

Indien een BV, na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, over een klein startkapitaal beschikt en hij toch overeenkomsten gaat sluiten en andere rechtshandelingen gaat verrichten, dan weet de bestuurder dat hij nog niet in staat zal zijn om de uit de wet overeenkomstige voortvloeiende verplichtingen na kan komen. De bestuurder zou in dat geval met zijn eerste verrichte rechtshandeling al in strijd handelen met de Beklamel-norm. Als een bedrijf failliet dreigt te raken, dan kan een bestuurder kiezen om een contract te sluiten met een derde partij om zo het faillissement af te wenden, wetende dat hij niet kan voldoen aan de voortvloeiende verplichtingen van het contract. Dit zou in dit geval zijn laatste redmiddel zijn om aanvraag van het faillissement te voorkomen.¹⁰¹ Als de verplichtingen van de vennootschap niet worden nagekomen, kost het de tegenpartij veel tijd en moeite om de schulden op de vennootschap te verhalen.

Slagter¹⁰² is van mening dat een kleine nuance in de Beklamel-norm mag worden aangebracht. Hij vindt het acceptabel dat een bestuurder een contract zou mogen sluiten, indien de redelijke verwachting bestaat, dat de uitvoering van dit contract zal bijdragen tot een herstel van een bedrijf en dat hij uiteindelijk pas na de vervaldatum van zijn contractuele verplichtingen deze zal kunnen nakomen. Een bestuurder kan zijn verplichtingen dus niet

2:203 lid 3 BW.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 426, nr. 24, p. 11

⁹⁹ Bier 2012, p. 185

¹⁰⁰ HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel)

¹⁰¹ Slagter 2009, p. 1-2

¹⁰² Slagter 2009, p. 1-2

binnen een redelijke termijn nakomen, wat in strijd is met de Beklamel-norm. Daarentegen verwacht de bestuurder dat hij de verplichtingen na de deze termijn wél kan nakomen. De bestuurder hoeft volgens Slagter dus niet de wederpartij op de hoogte te stellen van de slechte financiële situatie. Als het contract zal bijdragen tot overleving van een BV en uiteindelijk zal leiden tot betaling aan de schuldeiser, acht Slagter dit toelaatbaar. Ik ben het hier niet mee eens. Deze nuance gaat ten koste van de rechtszekerheid na de wetswijziging. Als zulk soort 'risico-contracten' worden gesloten, dan kan dit slecht aflopen. Als een vennootschap verkeert in een slechte financiële toestand, beland hij van de regen in de drup als verplichtingen uit contracten achteraf toch niet kunnen worden nagekomen. Hij zal meer schulden creëren, wat in het geval van uiteindelijke hoofdelijke aansprakelijkheid (op basis van onrechtmatige daad) een aanslag kan zijn op zijn privé vermogen. Om de beperkte aansprakelijkheid te waarborgen, zou de bestuurder (in overleg met de aandeelhoudersvergadering) het naderende faillissement van de BV moeten accepteren en geen 'paniek contracten' af moeten sluiten. Bovendien worden derden onjuist of niet geïnformeerd over de slechte financiële situatie van een bedrijf, wat mijns inziens een kwalijke zaak is. Dit doet af van de rechtszekerheid die de wetgever juist voor ogen had.

Om aansprakelijkheid op grond van de beklamel-norm te voorkomen, is het is verstandig voor een bestuurder om voor de oprichting van zijn BV, een redelijke inschatting te maken, welke activiteiten een BV in het eerste jaar wil gaan ondernemen. Een bestuurder kan beperkte rechtshandelingen verrichten als het eigen vermogen van een BV bijvoorbeeld één euro bedraagt. Indien er schulden ontstaan, dan kunnen schuldeisers de schulden verhalen op het privé vermogen van de bestuurder. De bestuurder heeft immers rechtshandelingen verricht waarvan hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet na kon komen.

Het is voor een oprichter van een vennootschap dus verstandig om het kapitaal van de BV af te stemmen op de te verwachten activiteiten die een BV gaat ondernemen. Hierbij kan een ondernemingsplan of financieel plan worden opgesteld (eventueel met de hulp van een accountant), waarbij de te verwachten uitgaven en inkomsten berekend worden. Aan de hand van dit plan kan een schatting worden gemaakt, welk bedrag (gestort kapitaal op aandelen) benodigd is voor de vennootschap om activiteiten te ondernemen. Zo heeft een vennootschap voldoende financiële ruimte om rechtshandelingen te verrichten en verkleint het op deze manier de kans op hoofdelijke aansprakelijkheid.

§ 2.2.2 Maatschappelijk en geplaatst kapitaal

Na de wetswijziging vervalt de verplichting om het maatschappelijk kapitaal op te nemen in de statuten. Het maatschappelijk kapitaal is het in de statuten bepaalde maximumbedrag dat aan aandelen kan worden uitgegeven. In de praktijk kan deze 'bovengrens' tot lasten leiden in de vorm van statutenwijzigingen om deze grens aan te passen.¹⁰³ De mogelijkheid om deze in de statuten op te nemen, blijft wel bestaan (artikel 2:178 lid 1 BW). Gezien het vereiste vervalt dat minimaal een vijfde deel van het kapitaal dient te worden geplaatst, kan in de statuten een willekeurig maatschappelijk kapitaal worden opgenomen. Als een vennootschap een maatschappelijk kapitaal in haar statuten opneemt van een miljoen euro, dan kan dit de schijn wekken dat de vennootschap een kapitaalkrachtige onderneming is. Hierdoor kan mijns inziens geen waarde meer aan het maatschappelijk kapitaal gehecht worden.

Daarnaast is het gedeeltelijk volstorten bij het nemen van aandelen niet meer verplicht. Naar huidig recht is bij het nemen van een aandeel het verplicht om hierop het nominale bedrag te storten. Bij het nieuwe artikel 2:191 NBW kan worden bedongen dat het uitstel van de stortingsplicht voor een bepaalde tijd geldt. Als er geen termijn wordt afgesproken, dan kan de vennootschap de volstorting opvragen, wat betekent dat de vennootschap een

¹⁰³ *Kamerstukken II 2006,2007, 31 058, nr. 3, p. 39*

‘vordering’ tot volstorting op de aandeelhouder heeft. Denkbaar is dat een vennootschap handelingen gaat verrichten terwijl haar aandelen niet zijn volgestort. Zo kan bijvoorbeeld voor 50.000 euro aan aandelen worden uitgegeven, waarbij in feite geen enkele euro op de aandelen is volgestort. Volgens het huidige artikel 22 lid 1 sub c van het handelsregisterbesluit is het verplicht om in het handelsregister het maatschappelijk en gestort kapitaal te vermelden ter inzage voor derden. De minister geeft aan dat deze verplichting na de wetswijziging wordt geschrapt, omdat deze cijfers crediteuren op het verkeerde been kunnen zetten.¹⁰⁴ De BV wordt hierdoor minder transparant; doordat deze verplichting vervalt, is het voor derden niet meer kenbaar welke hoeveelheid aan kapitaal is gestort en welk deel van het vermogen niet mag worden uitgekeerd. De vennootschap kan wel kiezen voor een statutaire reserve. Zakendoen met een vennootschap met een statutaire reserve is voor derden aantrekkelijker dan een vennootschap zonder reserves, omdat een reserve als waarborg dient voor crediteuren. Daarentegen kan de statutaire reserve wel steeds worden opgeheven, wat de waarborg voor crediteuren weer ontnemt. Van Veen vindt dat een statutaire reserve om deze reden dus niet als waarborg mag worden beschouwd.¹⁰⁵

Een vennootschap heeft derhalve de mogelijkheid om sommige kapitaalcijfers rooskleuriger voor derden weer te geven. Dit kan verwarring opleveren bij derde partijen. Derden zijn wellicht geneigd om zaken te doen met een vennootschap, die in de statuten een groot maatschappelijk kapitaal heeft opgenomen. Uiteindelijk heeft de vennootschap hier zichzelf mee omdat hij bij het aangaan van de overeenkomst in strijd handelt met de beklamel-norm en kan worden aangesproken op zijn privé vermogen op grond van onrechtmatige daad (6:162 BW). Bovendien zijn aandeelhouders, ook al zijn er geen verplichtingen tot stortingen overeengekomen, in de toekomst gehouden tot het volstorten van haar aandelen. Dit blijkt uit de artikelen 2:178 lid 1, 2:191 lid 1 en 2:193 NBW. De volstorting kan opgeëist worden indien de vennootschap dit opvraagt of door de curator indien de vennootschap failliet gaat. Een andere mogelijkheid om het volstorten op aandelen af te dwingen, is door in de statuten op te nemen dat het direct volstorten bij het nemen van een aandeel verplicht is. Daarbij kan in de statuten worden opgenomen dat indien een aandeelhouder haar statutaire verplichtingen niet nakomt, het stemrecht, vergaderrecht en het recht op uitkeringen is opgeschort (conform art. 192 lid 1 sub c jo. lid 4). Met deze mogelijkheid worden toetredende aandeelhouders min of meer verplicht om de aandelen vol te storten, omdat zij anders niet van hun rechten als aandeelhouder kunnen genieten.

§ 2.2.3 Ontwricht economisch verkeer

Subnel¹⁰⁶ stelt dat door de afschaffing van een groot deel van de regels voor kapitaalsbescherming (afschaffen minimumkapitaal en volstortingsplicht) het economisch verkeer wordt ontwricht. Denkbaar is dat partijen die zaken doen met een (startende) BV, waarbij slechts het bestuur via de uitkeringstest aansprakelijk is, zekerheden zullen eisen van de vennootschap en/of haar aandeelhouders. Dit kan in de vorm van directe contante of girale betaling, levering onder eigendomsvoorbehoud, of een bankgarantie.¹⁰⁷ Indien dit niet kan worden gegeven of niet mogelijk is, kan er nog zekerheid worden gegeven in de vorm van bezittingen uit het eigen vermogen. Door deze gegeven zekerheid is er geen sprake meer van de beperkte aansprakelijkheid van een vennootschap. Als een schuldeiser merkt dat een vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, kan hij in dat geval de daaruit voortvloeiende schulden verhalen op het privé eigendom van een bestuurder of aandeelhouder. Bestaande of grotere ondernemingen die wel in staat zijn om zekerheden te verschaffen, worden hierdoor na de wetswijziging juist bevoordeeld. Zij kunnen immers hun

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 426, nr. 7, p. 8,9

¹⁰⁵ Van Veen 2012, p.30

¹⁰⁶ Subnel 2012, p. 1-2

¹⁰⁷ Van der Sangen 2004, p. 252-254

overeenkomsten sluiten waarbij de verplichtingen binnen de kapitaalsgrenzen van de vennootschap valt.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Als een bouwbedrijf voor een nieuwe BV een bedrijfspand gaat bouwen, wordt er een overeenkomst gesloten. Het bouwbedrijf zal niet het pand gaan bouwen, voordat zij zekerheid hebben dat de nieuwe BV de kosten hiervan kan betalen. Zij kunnen dus om een zekerheid vragen, wat uit het vermogen van de bestuurder of aandeelhouder van de nieuwe BV kan bestaan. Als het bouwbedrijf het bedrijfspand heeft gebouwd, dan staat er een vordering open die de vennootschap nog moet betalen. Indien de vennootschap verzuimt te betalen van deze vordering, dan kan het bouwbedrijf vorderen dat de bestuurder of aandeelhouder deze vordering uit haar privé vermogen betaalt. Dit zou zelfs kunnen leiden tot beslaglegging (middels een deurwaarder) op het privé vermogen van de bestuurder en aandeelhouder. Overeenkomsten waarbij een zekerheid als tegenprestatie is afgesproken, doorbreken derhalve direct de barrière van de beperkte aansprakelijkheid van de vennootschap.

Ik kan mij in zijn mening vinden. Voor beginnende ondernemers is het moeilijk om op de markt toe te treden. Als zulke overeenkomsten worden gesloten waarbij zekerheden worden gesteld, dan kan dit funest zijn voor het privé vermogen van een bestuurder of aandeelhouder van een vennootschap. Het is dan ook verstandig om met een behoorlijk kapitaal een BV op te richten en geen risico's te nemen met een beperkt startkapitaal, omdat het laatstgenoemde fout kan aflopen. Het kapitaal dient in dit geval afgestemd te zijn op de te verwachten rechtshandelingen die een vennootschap na haar oprichting wil gaan verrichten. Als een vennootschap aan kan tonen aan partijen dat hij zijn verplichtingen uit de overeenkomst kan voldoen, dan kan op een verantwoorde manier een overeenkomst worden gesloten. Hierbij genieten bestuurders en aandeelhouders van de beperkte aansprakelijkheid van de vennootschap en kunnen derhalve niet hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.

§ 2.3 Betrokkenheid accountant bij uitkering dividend

Omdat de bestuurdersaansprakelijkheid een grotere rol gaat spelen na de wetswijziging, zal het aannemelijk zijn dat sommige bestuurders een accountant (of een ander financieel expert) in de arm nemen. De accountant zal dan vaak gevraagd worden naar zijn oordeel over de aanvaardbaarheid van een geplande uitkering van dividend. Deze beoordeling van de accountant kan van groot belang zijn voor (het voortbestaan van) de vennootschap. Indien een uitkering onverantwoord is, kan dit aansprakelijkheid voor zowel bestuurders als aandeelhouders tot gevolg hebben. Hoewel de minister stelt dat onder normale omstandigheden de BV geen externe deskundigen (bijvoorbeeld accountants) behoeft in te schaken om extra comfort te verschaffen¹⁰⁸, is het te verwachten dat een accountant na de wetswijziging vaker zal worden geraadpleegd.

Na de wetswijziging zal de accountant derhalve een andere rol spelen dan voorheen. Huizink¹⁰⁹ heeft een aspect in de rol van de accountant aangestipt. Als een jaarrekening, met daarin een voorgestelde dividenduitkering, na controle is goedgekeurd door een accountant, kan de bestuurder op basis hiervan een geoorloofde dividenduitkering doen. De accountant zal bij deze goedkeuring rekening moeten houden dat na de dividenduitkering de vennootschap nog redelijkerwijs zal kunnen doorgaan met de betaling van haar schulden, gedurende een periode van twaalf maanden na goedkeuring (artikel 2:216 lid 2 en 3 NBW).

Als een accountant wordt gevraagd om een oordeel te geven over de aanvaardbaarheid van een voorgenomen (tussentijdse) uitkering aan aandeelhouders, zal hij hier geen uitspraak

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2011/2012, 32 426, nr. 24, p. 11*

¹⁰⁹ Dieleman 2011, p. 2

over doen. Deze vraag valt onder de accountantsregels van NV COS 3400 Onderzoek van toekomstgerichte financiële informatie¹¹⁰

De accountant mag bij deze vraag slechts een prognose stellen. Hij kan dus een uitspraak doen over het vermoedelijk verloop van de financiële situatie na de uitkering van dividend aan de aandeelhouders (een schatting). Hierbij moeten de daaraan verbonden onzekerheden voldoende zijn uitgewerkt. Daarnaast moet worden beoordeeld of de periode waarop de prognose betrekking heeft, lang genoeg is. Aan de hand een prognose of goedkeuring van de jaarrekening door een accountant, moet de bestuurder *zelf* interpreteren of een dividenduitkering geoorloofd is. De prognose mag dus niet worden gezien als een 'stempel' van goedkeuring.¹¹¹ Als na de uitkering van dividend blijkt dat de vennootschap binnen een jaar niet meer haar opeisbare schulden kan betalen en de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld, dan mag een bestuurder zich dus niet verschuilen achter een prognose van een accountant.

Dit **laat een gat open voor** eventuele jurisprudentie. In hoeverre kan een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld na een ongeoorloofde uitkering van dividend, als de bestuurder vertrouwt op een prognose van een financieel expert? Vanzelfsprekend dient een bestuurder een eigen beslissing te maken, maar hij zal dit waarschijnlijk aan de hand van een prognose van een accountant doen, als hij over onvoldoende financiële kennis beschikt. Denkbaar is dat bestuurders 'blind' vertrouwen op een prognose van een accountant, omdat hij een expert is op dit gebied. Als bestuurders geen kennis hebben over de financiële situatie van een bedrijf, hoe kan hij, na een positief advies van een accountant, dan weten of behoren te voorzien (aansprakelijkheidsvereiste in art. 2:216 lid 3 NBW) dat na een dividenduitkering de vennootschap niet meer door kan gaan met het betalen van de opeisbare schulden? Wellicht zal dit uit jurisprudentie of verheldering in een memorie van antwoord blijken. Ondanks dat een bestuurder niet blind mag vertrouwen op een prognose van een accountant, is het denkbaar dat een accountant toch aansprakelijk kan worden gesteld als hij een onjuist advies heeft gegeven. Het is immers de taak van een accountant om zijn werk deugdelijk uit te voeren. Een bestuurder die weinig kennis van financiële zaken heeft, mag mijns inziens vertrouwen op een accountant die er wél kennis van heeft. Ik verwacht dan ook dat het niet valt uit te sluiten dat een accountant aansprakelijk wordt gesteld, wanneer na een positief advies over een uitkering blijkt dat de vennootschap na de uitkering haar schulden niet meer kan betalen en failliet gaat.¹¹²

Een accountant dient overigens op te passen dat hij zich niet laat overhalen tot het geven van verklaringen. Een accountant kan aansprakelijk worden gesteld als door zijn gedraging schade ontstaat. Dit kan via een contractuele clause, waarin staat dat de accountant aansprakelijk is voor een ondeugdelijke uitvoering van zijn opdracht. Indien er geen contractuele afspraak is, kan er beroep worden gedaan op onrechtmatige daad.¹¹³ Om aansprakelijkheid te voorkomen, moet een accountant zijn opdracht kwalitatief goed uitvoeren. Na de wetswijziging kan dit in de praktijk minder eenvoudig zijn, al verwacht ik niet dat een accountant eenvoudig aansprakelijk kan worden gesteld na een prognose, mits hij zijn werk deugdelijk heeft uitgevoerd.

¹¹⁰ Te raadplegen op www.norea.nl/Sites/nivra_site/COS/HTML/50495.asp

¹¹¹ Van Campen 2011, p.17-18

¹¹² Overigens willen accountants vanzelfsprekend geen verantwoordelijkheid dragen bij het maken van een prognose en zullen dit kenbaar maken aan de vennootschap. Daarnaast valt te verwachten dat een accountant voorzichtiger zal zijn met het vaststellen van de continuïteit van de vennootschap. Zie ook Van Veen 2012, p.27

¹¹³ Van Hoek 2008, p.7-9

§ 2.4 Aandelen

§ 2.4.1 Stemrechtloze aandelen

Door de intrede van de aandelen zonder stem- of winstrecht, bestaat er een ruimere mogelijkheid om meerdere soorten aandelen uit te geven. Dit brengt de nodige gevolgen met zich mee. In de nota over de voortgang van de invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering van het BV recht¹¹⁴, heeft de minister een aantal voordelen van de stemrechtloze aandelen genoemd.

Zo maakt het uitgeven van stemrechtloze aandelen het mogelijk om financieel deel te nemen in de vennootschap, zonder de stemverhoudingen binnen de vennootschap aan te tasten. Hierbij kan worden gedacht aan werknemersparticipaties, externe kredietverstrekkers (bijv. banken)¹¹⁵ of bij familieopvolging, waarbij een aandeelhouder die terugtreedt geen inspraak meer in de onderneming wenst. Door het uitgeven van stemrechtloze aandelen komen er kapitaalinjecties in een vennootschap. Sommige aandeelhouders zijn slechts geïnteresseerd in een aandeel als beleggingsinstrument en hebben geen behoefte aan zeggenschap. Met name bij grotere vennootschappen zijn er steeds meer aandeelhouders die slechts geïnteresseerd zijn in de financiële rechten van een aandeel.¹¹⁶ De stemrechtloze aandelen maakt voor buitenlandse ondernemers het ook aantrekkelijk om een BV in Nederland op te richten of in een BV te investeren. De concurrentiepositie van de BV ten opzichte van andere landen wordt zo versterkt. Ook zijn de kosten van stemrechtloze aandelen lager dan de kosten voor het certificeren van aandelen (geen stichting administratiekantoor meer voor nodig) en zijn stemrechtloze aandelen makkelijker uit te leggen voor onder andere buitenlandse investeerders dan gecertificeerde aandelen.

De minister noemt als mogelijk nadeel dat er binnen een vennootschap een grote diversiteit kan ontstaan. De statuten worden, indien er van de winst- en stemrechtloze aandelen gebruik wordt gemaakt, een stuk complexer en zijn dus lastiger in te richten. Daarnaast stellen ze dat een nadeel is dat stemrecht een belangrijk onderdeel van aandeelhouderschap is, maar dat nu wordt ontnomen. Dit wordt dan ook gecompenseerd door de bescherming van de minderheidsaandeelhouders en het bijzonder stemrecht voor stemrechtloze aandelen (in het geval van besluiten waarbij aandeelhouder financieel worden benadeeld), dat in de wet staat geregeld. Zo is bijvoorbeeld bij een besluit van stemrechtverdeling mede de instemming van de stemrechtloze aandeelhouders vereist (art. 2:228 NBW) en kunnen nieuwe statutaire verplichtingen niet tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd (art. 2:192 NBW).¹¹⁷

Wat een ander nadeel kan zijn, is dat de uitgegeven stemrechtloze aandelen wél vergaderrechten bevatten. Dit kan de besluitvorming onnodig tegenwerken. In het nieuwe artikel 2:238 lid 1 BW staat dat besluitvorming op andere wijze dan vergadering kan geschieden, mits *alle* vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. Volgens artikel 2:227 lid 2 NBW heeft een aandeelhouder (en dus ook een houder van een aandeel zonder stemrecht) het recht om de algemene vergadering bij te

¹¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 6-7

¹¹⁵ Denkbaar is dat een kredietverstrekker behoefte heeft aan aandelen met louter winstrechten, als tegenprestatie voor het beschikbaar stellen van financiële middelen.

¹¹⁶ P.P.A.H. van de Heuvel, De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht, *TvOB* 2011, p. 76

¹¹⁷ Van Veen komt met de kritiek dat artikel 2:192 lid 4 (opschorten stem- en winstrecht aandeelhouder als zij niet voldoen aan een statutaire verplichting) wél tegen de wil van de aandeelhouder kan worden opgelegd. Van Veen acht het verplicht aanbieden van aandelen (als in art. 2:192 lid 1 sub c) en het opschorten van de aandeelhoudersrechten even ingrijpend zijn, omdat bij de lid 4 genoemde sanctie de aandeel veel van zijn waarde voor de aandeelhouder verliest. Zie Van Veen 2009, p. 303,304.

wonen en daar het woord te voeren. Dit kan de besluitvorming frustreren bij bijvoorbeeld vennootschappen waarbij stemrechtloze aandelen worden uitgegeven aan werknemers om zo deel te nemen aan het kapitaal van de vennootschap (werknemersparticipatie). Het is denkbaar dat het bestuur er geen behoefte aan heeft om werknemers het woord te laten voeren op de algemene vergadering van aandeelhouders.

Is er na de wetswijziging een mogelijkheid om het vergaderrecht bij stemrechtloze aandelen te ontnemen? Mijns inziens is de enige optie voor de vennootschap om een stichting administratiekantoor op te richten, die vervolgens certificaten van stemrechtloze aandelen uitdeelt. Op deze manier kan volgens artikel 2:227 lid 2 NBW statutair worden geregeld dat aan deze certificaten geen vergaderrecht toekomt. Deze methode neemt veel eenvoud en flexibilisering weg, wat juist de bedoeling was van het wetsvoorstel. Daarentegen vinden er geen veranderingen plaats omtrent de stemverhoudingen binnen een vennootschap, omdat het aandeel door deze constructie uitsluitend winstrechten bevat. De praktijk zal uitwijzen of er gebruik gaat worden gemaakt van deze constructie.

§ 2.4.2 Certificaten van aandelen

De wetswijziging maakt het mogelijk om statutair te regelen dat certificaathouders wel of geen vergaderrechten krijgen (2:227 NBW: *'het vergaderrecht komt toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden'*). Zonder overgangsregeling vervallen na de wetswijziging de rechten van certificaathouders, omdat in de statuten geen vergaderrecht aan certificaathouders zijn toegekend.¹¹⁸ De vergadergerechtigden staan in het aandeelhoudersregister van de vennootschap (2:194 lid 1 NBW).

Na de wetswijziging vervalt het onderscheid tussen nieuw uitgegeven certificaten van aandelen die wel of niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.¹¹⁹ De onduidelijkheid blijft bestaan of certificaten die vóór de wetswijziging zijn uitgegeven, deze met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Volgens Lennarts en Boschma dient dit beoordeeld te worden naar huidig recht aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹²⁰ Desalniettemin heeft de wetswijziging geen antwoord gegeven op de vraag welke voor de wetswijziging uitgegeven certificaten uiteindelijk vergaderrechten hebben.

De overgangsregeling bepaalt dat tot het moment van de statutenwijziging, certificaten die voor inwerkingtreding van de wet over vergaderrecht beschikten en die in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen, aan deze certificaten vergaderrecht is toegekend (art. V.2 lid 6 Invoeringswet).

Het dient kenbaar te zijn welke certificaathouders vergaderrechten hebben. Na de wetswijziging dienen de vergadergerechtigden te zijn ingeschreven in het aandeelhoudersregister. Indien certificaathouders na de wetswijziging (nog) niet in het register zijn ingeschreven, dan kunnen certificaathouders volgens de nieuwe overgangsregeling uiterlijk een jaar na de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet, de vennootschap verzoeken om de certificaathouders in het aandeelhoudersregister in te schrijven. Als de certificaathouders met vergaderrechten nog niet binnen een jaar in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen, dan zal bij de eerstvolgende vergadering alsnog

¹¹⁸ G.M. Portier, 'Flex-bv: overgangsregeling certificering, zo werkt het (niet)', *WPNR* 2011, p. 48

¹¹⁹ Certificaten van aandelen die zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, hebben geen vergaderrechten. In dit geval is alleen de aandeelhouder-stichting administratiekantoor betrokken met de certificaathouder. Wist de vennootschap hiervan en heeft zij (impliciet of expliciet) toestemming gegeven, dan is er sprake van medewerking van de vennootschap. Het verlenen van toestemming van de vennootschap kan later moeilijk te bewijzen zijn.

¹²⁰ Lennarts 2010, p. 706

een aankondiging moeten worden gedaan in een dagblad overeenkomstig het huidige artikel 2:223 lid 2 en 3.¹²¹

Als de vennootschap weigert een certificaathouder in het aandeelhoudersregister in te schrijven, dan kan de certificaathouder de rechtbank verzoeken om hem alsnog in het register in te schrijven. Indien er haast zit bij de inschrijving, in geval van een naderende algemene vergadering, kan het verzoek aan de voorzieningenrechter worden gedaan.¹²² De minister verwacht niet dat de opname van de vergadergerechtigden in het register tot grote problemen zal leiden. Gezien het stichting administratiekantoor zou moeten beschikken over de noodzakelijke gegevens voor inschrijving (volgens 2:194 lid 3 zijn aandeelhouders verplicht bepaalde gegevens te verstrekken), kan de inschrijving in het aandeelhoudersregister eenvoudig worden gerealiseerd.¹²³

Certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, bevatten vergaderrechten. Dit betekent dat zij onder andere de aandeelhoudersvergadering mogen bezoeken en daar het woord mogen voeren. Het nieuwe artikel 2:227 lid 4 BW gaat over de wijziging van de vergaderrechten van de certificaathouders en luidt als volgt:

Een statutaire regeling waarbij aan certificaathouders vergaderrecht is toegekend, kan slechts met instemming van de betrokken certificaathouders worden gewijzigd, tenzij bij het toekennen van het vergaderrecht de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk in de statuten was voorbehouden.

Dit artikel maakt het mogelijk om in de statuten te wijzigen om het vergaderrecht van certificaathouders te ontnemen. Hiermee moeten wel *alle* betrokken certificaathouders mee instemmen. Het is dus niet mogelijk om tegen de wil van een certificaathouder haar vergaderrecht te ontnemen. Als certificaathouders geen afstand wil doen van haar vergaderrecht, kan er volgens artikel 2:238 lid 1 NBW dus niet buiten de vergadering om besluitvorming plaatsvinden. Indien dit toch wordt gedaan, dan is het besluit nietig volgens artikel 2:14 BW. Bovendien dienen certificaathouders volgens artikel 2:223 BW opgeroepen te worden voor algemene vergaderingen. Ook het in strijd handelen met dit artikel leidt tot vernietigbaarheid van het besluit (artikel 2:15 lid 1 sub a BW)

Overigens kan vergaderrecht niet contractueel worden uitgesloten. Artikel 2:227 lid 2 bepaalt dat het vergaderrecht toekomt aan certificaathouders waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden. Het contract zou in dit geval in strijd met de wet zijn, wat leidt tot nietigheid van het contract.

Hoewel het vergaderrecht van de certificaathouders na de wetswijziging wordt beschermd, kan een vennootschap niet volledig gebruik maken van de nieuwe flexibele wetgeving omtrent het regelen van vergaderrecht. Dit kan mijns inziens belemmerend zijn voor praktijk.

§ 2.4.3 Winstbewijzen

Een alternatief voor aandelen of certificaten van aandelen zijn winstbewijzen. De vennootschap die winstbewijzen uitgeeft, hebben met de houder van het winstbewijs een contractuele relatie. Winstbewijzen lijken op aandelen, maar vertegenwoordigen niet het kapitaal van een vennootschap. Deze bewijzen worden in de praktijk gebruikt als beloning voor bewezen diensten (tegenprestatie) of om werknemers te laten delen in de winst, zonder dat aan hen zeggenschap of vergaderrechten wordt gegeven. Deze winstrechten kunnen, in tegenstelling tot aandelen, ook voor niet economisch waardeerbare inbreng gebruikt worden, zoals arbeid en knowhow. Als een vennootschap van de mogelijkheid gebruik wil maken om winstrechten uit te geven, dan dient dit in de statuten te worden vermeld. Verder dient in de

¹²¹ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 15

¹²² *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 426 nr. 3, p. 6.

¹²³ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 14-15

statuten (of in de akte van uitgifte van winstbewijzen) te worden vermeld waarop het winstbewijs recht geeft.¹²⁴

Winstbewijzen zijn zeer flexibel, omdat er wettelijk weinig beperkingen aan worden gesteld.¹²⁵ Bij het uitgeven van winstbewijzen is geen inbreng vereist en is er geen tussenkomst van een notaris nodig. Daarnaast geven winstbewijzen noch recht tot stem- en vergaderrecht in de algemene vergadering, noch rechten tot het verkrijgen van informatie van de vennootschap. Een vennootschap is dus vrij tot het maken van besluiten en vergaderingen te houden, zonder rekening te houden met de houders van de winstbewijzen. Bij het opmaken van de jaarrekening dient een opgave van het aantal winstbewijzen te worden toegevoegd (artikel 2:392 lid 1 sub f BW).

Een nadeel voor een houder van een winstbewijs is dat hij geen zeggenschap heeft over de financiële belangen van de vennootschap, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een aandeel zonder stemrecht (heeft wél bijzonder stemrecht, zie paragraaf 2.4.1). Houders van winstbewijzen worden slechts beschermd bij statutenwijzigingen als zij hierdoor worden benadeeld (artikel 2:122 BW). Verder kunnen winstbewijzen verhandelbaar zijn, maar dit kan ook worden beperkt of uitgesloten. Desalniettemin zullen winstbewijzen een bruikbaar alternatief zijn voor aandelen of certificaten van aandelen. Na de wetswijziging zal uit de praktijk blijken of er meer gebruik wordt gemaakt van winstrechten dan voorheen.

§ 2.5 Conclusie

Hetgeen in dit hoofdstuk is besproken, is slechts een limitatieve opsomming van de twijfels die het wetsvoorstel geeft. De FlexBV is een veelbesproken onderwerp in de literatuur, waarbij zowel positieve als negatieve aspecten van de FlexBV worden belicht. Hoewel de praktijk vraagt om een wetswijziging, is het uiteindelijke wetsvoorstel niet helemaal waterdicht. De memorie van toelichting van de Tweede Kamer is onvoldoende onderbouwd en laat leemtes omtrent de invulling van de wetgeving. Na de wetswijziging zal jurisprudentie gaan bepalen hoe deze leemtes worden ingevuld.

¹²⁴ Uittien 2011, p. 308

¹²⁵ Gezien er weinig wettelijk weinig staat geregeld over winstbewijzen, is het aan te raden om de vermogensrechten en de lidmaatschapsrechten van winstbewijzen zoveel mogelijk in de statuten te regelen.

Hoofdstuk 3: Veranderingen voor de notaris

In dit hoofdstuk wordt besproken wat de gevolgen voor notariskantoren zullen zijn, nadat het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV recht' wordt aangenomen. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende aspecten van het nieuwe BV-recht.

§ 3.1 Inrichten statuten

Zodra de nieuwe wetgeving is ingevoerd, heeft dit directe werking. De bestaande vennootschappen hoeven in beginsel hun statuten niet te wijzigen, omdat de statuten van het huidige recht ook na de wetswijziging nog steeds geldig zijn. De wetswijziging biedt daarentegen wél de mogelijkheid om de statuten flexibeler in te richten naar de wensen van de vennootschap. Zo kan bijvoorbeeld het minimumkapitaal van 18.000 euro worden verlaagd door aandelen in te trekken. Verder is het mogelijk om de blokkeringsregeling uit de statuten te schrappen, het vergaderrecht van certificaa houders te regelen en de bepalingen omtrent dividenduitkering te wijzigen. Verder is het denkbaar dat vennootschappen gebruik willen maken van de aandelen zonder stem- of winstrecht. Zoals besproken zorgt het uitgeven van aandelen zonder stemrecht voor kapitaalinjecties en is dit bovendien aantrekkelijk voor buitenlandse investeerders. Verder kunnen aandeelhoudersverplichtingen volgens artikel 2:192 NBW ook in de statuten worden opgenomen, in plaats van gebruik te maken van afzonderlijke aandeelhoudersovereenkomsten. Voor het wijzigen van statuten en voor eventueel advies over de mogelijkheden van de nieuwe wet is een notaris van dienst. Een notaris heeft na de wetswijziging ook meer vrijheid bij het opmaken van de statuten; oprichters van een vennootschap hebben immers meer mogelijkheden om de statuten naar eigen wensen in te richten.

De gedachte van de Wetgever is om de notaris een dergelijke rol toe te kennen, die niet alleen gebaseerd is op de ambtelijke taakuitoefening, maar tevens op de deskundige wijze waarop de notaris de rechtspersoon vanaf haar geboorte tot haar einde begeleidt.¹²⁶

Een notaris heeft in beginsel een zorgplicht, die te onderscheiden is in een wilscontrole, een onderzoeksplicht en een informatieplicht. Bij een wilscontrole dient een notaris de bedoelingen van cliënten zo duidelijk mogelijk in een akte weer te geven, om misverstanden te voorkomen. De uiteindelijke akte dient dus overeen te stemmen met de wensen van de cliënt. Dit vergt een actieve houding van de notaris; hij moet de juiste vragen stellen om de wensen en bedoelingen van een partij helder te krijgen. Bij de onderzoeksplicht dient de notaris te onderzoeken of de uitvoering van de wensen van de cliënt wettelijk toegestaan zijn. De akte met de daaruit voortvloeiende rechtshandelingen dienen tevens geldig te zijn. Als laatste zijn de notarissen verplicht om cliënten te informeren over de gevolgen die kunnen voortvloeien uit de uitvoering van de wensen van een cliënt. Hij dient de cliënt te wijzen op de risico's die kunnen voortvloeien uit de geplande rechtshandelingen. Een notaris dient dus te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van juridisch onkunde en feitelijk overwicht.¹²⁷ Een notaris kan aansprakelijk worden gesteld als bovenstaande verplichtingen worden geschonden.

Hoe zit het met de rol van de notaris na de wetswijziging? De minister is gevraagd of de rol van de notaris zou gaan veranderen na de wetswijziging. Zijn antwoord was dat door het vervallen van de bankverklaring en de accountantsverklaring, de taak van een notaris

¹²⁶ Oranje 2008. p. 14

¹²⁷ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden). Zie ook artikel 43 lid 1 Wet op het Notarisambt.

beperkt blijft tot de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten.¹²⁸ Toch zijn er nieuwe taken denkbaar voor een notaris na de wetswijziging.

§ 3.2 Oprichten BV

Bij het oprichten van een BV dient er een kapitaal op aandelen te worden gestort. De inbreng kan geschieden in geld of natura. Indien er wordt gekozen voor een inbreng in natura, dan dient de bestuurder een beschrijving van dit goed te geven en het goed te waarderen. Naar huidig recht dient dit te geschieden door een accountant, maar deze verplichting vervalt na de wetswijziging. Daarentegen dient wel de inbrengbeschrijving intern ter inzage te worden gelegd voor de aandeelhouders en andere vergadergerechtigden (art. 204a lid 1 NBW). Volgens de memorie van toelichting van 2006/2007 worden aandeelhouders en vergadergerechtigden in de gelegenheid gesteld om beschrijvingen die niet voldoen aan de wettelijke beschrijving 'aan de kaak te stellen'. Het is onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. De beschrijving kan weliswaar voldoen aan de wettelijke vereisten, maar de inbreng kan nog steeds onjuist of te hoog gewaardeerd zijn.¹²⁹ Als bij de oprichting van een BV de inbreng op aandelen anders dan in geld is (natura), dient dit kenbaar te worden gemaakt in de akte van oprichting (art. 2:204 BW). Dit betekent dat het voor derden kenbaar is dat er sprake is van inbreng in natura bij oprichting.¹³⁰ Het is voor derden echter niet te raadplegen wat er is ingebracht en voor welk bedrag dit is gewaardeerd.

Het is denkbaar dat een BV wordt opgericht met een inbreng in natura, waarbij uit de beschrijving van het goed waaraan een (veel) hogere waarde is toegekend dan de eigenlijke waarde van een goed. Als een notaris kennis neemt van deze beschrijving (de oprichting geschiedt bij notariële akte), merkt hij op dat deze beschrijving incorrect is en wat de uiteindelijke sancties kunnen zijn. Een notaris heeft een zorgplicht en zal vanzelfsprekend de oprichter inlichten over de gevolgen. Het is denkbaar dat de oprichter na een afkeurend advies alsnog vraagt of de notaris de BV kan oprichten. Als een notaris weigert mee te werken, dan gaat de oprichter waarschijnlijk op zoek naar een andere notaris. Een notaris mag de vennootschap oprichten, mits hij de oprichter duidelijk waarschuwt voor de risico's van aansprakelijkheid.

Bier merkt op dat het niet zo kan zijn dat wanneer na de wetswijziging de waarborgen rond de storting op aandelen weg worden genomen, deze vervolgens op het bordje van de notaris terecht komen.¹³¹ Het zijn namelijk de oprichters die verklaren (middels ondertekening) dat een bepaald bedrag op de aandelen is gestort, ook als dit een inbreng in natura is. Bier stelt dat het niet de rol van een notaris is om na te gaan of de waarde van de inbreng overeenkomt met de stortingsplicht, tenzij het overduidelijk is dat de waardering totaal niet klopt. In dat geval kan de notaris hierover vragen stellen aan de oprichter(s) (onderzoeksplicht) of weigeren om de akte te passeren.

De minister heeft in haar memorie van toelichting van 2006/2007 toegelicht dat indien een inbreng in natura te hoog wordt gewaardeerd, schuldeisers worden beschermd door de uitkeringstest en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidssancties. Als bestuurders willens en wetens een te lage inbreng aanvaarden, kunnen zij aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:9 BW of 2:248 BW. Nu de inbreng in natura niet meer gewaardeerd wordt door een accountant, is de oprichter vrij om de waarde hiervan te bepalen. Een waardering van een accountant kan in tegenstelling tot een waardering door een willekeurige derde of de oprichter zelf, crediteurenbescherming bieden. Het is voor een bestuurder dus aan te raden om een inbreng in natura te laten waarderen door een accountant. Tevens maakt dit het voor

¹²⁸ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 058, nr. 6, p. 17

¹²⁹ Zie ook Oranje 2008, p. 14

¹³⁰ *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 058, nr.3, p. 61,62

¹³¹ Oranje 2008, p. 198

een notaris eenvoudiger om de akte te passeren, zonder dat hij de waardering van een inbreng zal controleren.

Mijns inziens had de wetgever de oorspronkelijke waarderingsvereiste door een accountant niet hoeven te schrappen. Naar huidig recht rust bij een inbreng in natura de verplichting om in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare waarderingsmethoden te hanteren. Hoewel een accountantscontrole kosten met zich meebrengt, zal dit frauduleuze zaken voorkomen en zal dit meer rechtszekerheid bieden voor crediteuren.

Zoals besproken heeft een notaris een verplichting tot wilscontrole, een onderzoeksplicht en een informatieplicht. De notaris dient na de wetswijziging de oprichters op de hoogte te stellen van de risico's bij het oprichten van een BV, waarbij een klein startkapitaal wordt gestort. Het klinkt aantrekkelijk om een BV op te richten met een kapitaal van één euro. Een oprichter kan bij het oprichten niet op de hoogte zijn van de gevolgen die hieruit voortvloeien. Het is dan ook de taak van de notaris om de consequenties en de risico's hiervan uit te leggen. Het risico is voor de ondernemer, als er na de oprichting schulden ontstaan die de vennootschap niet kan betalen. Verder is een notaris verplicht om zijn diensten te weigeren als het vermoeden bestaat dat de gevraagde werkzaamheid in strijd is met de openbare orde of als zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die een ongeoorloofd doel of gevolg hebben.¹³²

Naar verwachting zal de rol van de notaris niet verzwaken na de wetswijziging en zal de taak van een notaris beperkt blijven tot de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten. De notaris heeft een zorgplicht, waar hij rekening mee dient te houden. Nu er na de wetswijziging situaties denkbaar zijn waarbij de oprichter de markt wil betreden met een beperkt kapitaal, dient de notaris hierop goed voorbereid te zijn, zodat hij de oprichter kan informeren over de bijbehorende consequenties en risico's.

§ 3.3 Certificering aandelen

Na de wetswijziging dient er in de statuten te worden bepaald of certificaathouders wel of geen vergaderrecht hebben (art. 2:227 lid 2 BW). De statuten hoeven niet direct te worden gewijzigd. Artikel V.2 lid 6 van de besproken overgangsregeling bepaalt dat bij de eerstvolgende wijziging van de statuten, het verplicht is om in de statuten de vergadergerechtigden op te nemen. Tevens wordt bepaald dat bewilligde certificaathouders (met medewerking van de vennootschap uitgegeven) hun vergaderrecht behouden, ook al worden de statuten in lange tijd niet gewijzigd of wordt na de wetswijziging dit alsnog niet in de statuten opgenomen. Wouters is van mening dat hier een taak is weggelegd voor de notaris¹³³. Bij de eerstvolgende statutenwijziging gaat de notaris na of er certificaten zijn uitgegeven. Als hier van sprake van is, gaat hij na of de houders van deze certificaathouders vergaderrechten hebben. Zijn deze in het aandeelhoudersregister opgenomen, dan bekijkt hij of de statuten overeenkomen met de nieuwe regeling. De notaris zorgt ervoor dat enige verwarring omtrent het vergaderrecht wordt voorkomen. Dit biedt zekerheid voor de certificaathouders en de vennootschap.

§ 3.4 Voorstel afschaffing notariële oprichtingsakte

Demissionair minister Verhagen van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) wil de notariële akte afschaffen bij het oprichten van kleine BV's. Dit heeft hij bekend gemaakt in september 2011. Voor het oprichten van een BV zou een oprichter dus niet meer langs een notaris hoeven te gaan, tenzij een oprichter niet voor de 'standaard' statuten kiest. Volgens deze minister zou dit een lasten- en kostenverlichting zijn voor ondernemers.

¹³² Artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt.

¹³³ Wouters 2011, p. 242

Het ministerie van Veiligheid & Justitie (V&J) heeft in januari 2012 laten weten hier zeer gereserveerd tegen over te staan en neemt ook geen initiatief op dit punt. Ook de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) vindt dat de notaris juist de eerste schakel is in het systeem dat moet waken dat een BV niet wordt gebruikt voor duistere praktijken. De kans dat een BV misbruikt wordt door criminelen wordt alleen maar groter vanwege het wegvallen van de identiteit- en bevoegdheidscontrole van een notaris.¹³⁴

Mijns inziens is het onverstandig om de notariële akte bij het oprichten van kleine BV's te schrappen. Naast het risico dat kleine BV's misbruikt worden door criminelen of oplichters, wordt de kans groter dat een BV haar statuten onjuist of onduidelijk formuleert. Dit kan leiden tot rechtszaken en dus extra kosten voor een ondernemer. Verder adviseert een notaris een oprichter bij het oprichten van een BV en behoedt hem voor de risico's die zich bij het besturen van de vennootschap kunnen voortdoen.

Wanneer het voorstel tot afschaffing van notariële akte bij kleine BV's toch wordt doorgevoerd, betekent dit dat de notaris aanzienlijk minder werkgelegenheid heeft op het gebied van ondernemingsrecht. Een notaris zal hiervoor een alternatieve dienstverlening moeten zoeken. Zo kan zij bijvoorbeeld een adviserende rol bieden, maar het is de vraag of oprichters hiervoor kiezen. Oprichters van een vennootschap willen waarschijnlijk het oprichten van een BV zo goedkoop mogelijk houden. Als het voorstel wordt gerealiseerd, is dit dus nadelig voor het notariaat.

§ 3.5 Conclusie

Na de wetswijziging blijft de taak van een notaris beperkt tot de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten. Een notaris heeft een zorgplicht en moet een cliënt na de wetswijziging informeren, adviseren en behoeden voor de risico's van het nieuwe wetsvoorstel. Ik verwacht dat de adviserende rol van de notaris groter wordt, omdat de wetswijziging meer mogelijkheden biedt om de BV in te richten. Als een notaris zijn zorgplicht schendt, kan hij later aansprakelijk worden gesteld als een vennootschap bijvoorbeeld hierdoor failliet gaat.

Na de wetswijziging moet een notaris kennis hebben over de nieuwe wetswijziging. Zo kan hij van dienst zijn bij onder meer het oprichten van een BV en het wijzigen van statuten. Notarissen dienen ook op de hoogte te zijn van de aansprakelijkheidsrisico's. Een oprichter kan met een klein kapitaal een BV oprichten of een goed inbrengen dat te hoog is gewaardeerd. Een notaris dient een oprichter te wijzen op de risico's van aansprakelijkheid die hieruit kunnen voortvloeien. Een notaris kan ook weigeren een BV op te richten als bijvoorbeeld een waardering van een inbreng in natura overduidelijk niet klopt of dat de BV een ongeoorloofd doel heeft.

¹³⁴ <www.knb.nl/dossier/kleine-bv/kleine-bv>

Hoofdstuk 4: Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies besproken die voortvloeien uit de vorige hoofdstukken. Verder worden hierop aanbevelingen gegeven. Dit hoofdstuk geeft antwoord op de centrale vraag die in de inleiding werd gesteld:

Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor het BV-recht na de invoering van de wet "Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-Recht" en wat zijn de praktijkgevolgen voor ondernemers, bestuurders, aandeelhouders, schuldeisers, accountants en Marks Wachters Notarissen?

§ 4.1 Wetswijziging

Zoals in hoofdstuk 1 is besproken, gaat het huidige BV-recht op de schop. Naar verwachting zal de wetswijziging in juli 2012 of januari 2013 in werking treden. De achterliggende gedachte van de wetswijziging is dat het BV recht eenvoudiger en flexibeler wordt. Zo worden na wetswijziging onder andere de (administratieve) lasten verminderd, onnodige of belemmerende regels zullen vervallen en zal de wetswijziging zorgen voor meer rechtszekerheid.

Zo komen er wijzigingen omtrent de benoeming en ontslag van het bestuur. Naast de algemene vergadering, zijn aandeelhouders met een bepaalde soort of aanduiding bevoegd om een bestuurder benoemen. Verder komt de bevoegdheid tot het ontslag van het bestuur, naast degene die bevoegd is tot benoeming, ook toe aan een ander orgaan (als in art. 2:189a BW). Dit dient wel statutair te zijn geregeld.

De blokkeringsregeling wordt na de wetswijziging niet meer verplicht, maar het kan wel in de statuten worden opgenomen. Verder kan de overdraagbaarheid van aandelen voor een *bepaalde termijn* worden uitgesloten, zolang dit niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt. In de statuten kunnen extra verbintenissen voor aandeelhouders worden opgenomen, zoals de verplichting om geld te lenen aan de vennootschap, om goederen te leveren of af te nemen of om de aandelen over te dragen onder bepaalde omstandigheden.

De winstrechtloze en stemrechtloze aandelen doen hun intrede na de wetswijziging. Stemrechtloze aandelen hebben louter recht op de deling van de winst en reserves van de vennootschap. Deze zijn te gebruiken voor onder andere joint-ventures, kapitaalinjecties of werknemersparticipaties en zorgen voor een sterkere concurrentiepositie ten opzichte van het buitenland. Winstrechtloze aandelen hebben louter stemrecht en kunnen worden gebruikt voor bijvoorbeeld bedrijfsopvolgingen binnen families. In de statuten kan worden bepaald dat de vergaderrechten van certificaathouders wordt ontnomen. Certificaathouders met vergaderrechten naar huidig recht dienen hier wel mee in te stemmen.

Het minimumkapitaal vervalt, wat betekent dat er geen 18.000 euro meer benodigd is voor het oprichten van een BV. Hierdoor vervalt tevens de bij de oprichting benodigde bankverklaring (voor storting in gelden) en de accountantsverklaring (voor storting in goederen). De beklamel-norm zal een belangrijkere rol gaan spelen, nu een oprichter kan besluiten om een vennootschap met een klein gestort kapitaal op te richten en vervolgens rechtshandelingen te gaan verrichten. De nachgründungsregeling vervalt, net als de regeling inzake de financiële steunverlening door de vennootschap.

Om crediteuren te beschermen, is na de wetswijziging de uitkeringstest van toepassing. Wanneer een aandeelhoudersvergadering besluit tot het uitkeren van dividend, weigert het bestuur haar goedkeuring te verlenen en dit besluit uit te voeren, als de verwachting bestaat dat na het uitkeren van dividend, de vennootschap binnen een jaar haar opeisbare schulden

niet meer kan betalen en dus failliet gaat. Een bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk als hij het besluit goedkeurt en als gevolg van de uitkering de vennootschap binnen een jaar failliet gaat, terwijl hij dit ten tijde van de uitkering wist of behoorde te voorzien. Tevens zijn de aandeelhouders aansprakelijk als zij ten tijde van de dividenduitkering wisten of behoorden te voorzien dat na de uitkering de vennootschap binnen een jaar haar schulden niet meer kon voldoen. De bestuurder is aansprakelijk voor het tekort dat ontstaat na de uitkering en de aandeelhouder is aansprakelijk voor ten hoogste het bedrag van de ontvangen uitkering. De bovenstaande regeling is tevens van toepassing op het inkopen van eigen aandelen en het verminderen van kapitaal.

§ 4.2 Kritieken

Het wetsvoorstel kent veel grijze gebieden en de Tweede Kamer heeft de nieuwe wetgeving niet volledig waterdicht gemaakt. De memorie van toelichting is onvoldoende onderbouwd en geeft dus geen zekerheid omtrent sommige wetsartikelen. In hoofdstuk 2 zijn kritieken van verschillende auteurs op de flex BV besproken.

Zo kunnen er vragen worden gesteld over het minimumkapitaal. In hoeverre zal een derde partij zaken doen met een vennootschap met een kapitaal van één euro? Vermoedelijk zullen derde partijen om zekerheden vragen waar een vennootschap soms niet voor garant kan staan. Het is denkbaar dat bestuurders of aandeelhouders hun privé vermogen als zekerheid geven aan derden. Ondanks de beperkte aansprakelijkheid van een vennootschap is hier sprake van privé aansprakelijkheid, wanneer verplichtingen van de vennootschap niet kunnen worden nagekomen. Dit is in strijd met de gedachte van de BV, waarbij bestuurders en aandeelhouders in beginsel beperkt aansprakelijk zijn.

Tevens bestaat er onduidelijkheid over de aansprakelijkheidstermijn tussen het moment van dividenduitkering en het faillissement van de vennootschap. De beoordeling van het bestuur of de vennootschap na het uitkeren van dividend nog kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, strekt zich uit over de termijn van ongeveer een jaar. Als een vennootschap binnen deze periode failliet gaat, kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld als ten tijde van de uitkering hij wist of behoorde te voorzien dat na de uitkering de vennootschap niet meer haar opeisbare schulden kon betalen. Als een vennootschap betalingen uitstelt of betalingsregelingen treft met schuldeisers, kan hiermee een faillissement worden uitgesteld. Onbekend is of een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld als hij het faillissement uit kan stellen tot bijvoorbeeld dertien maanden. Deze gestelde termijn geeft geen rechtszekerheid. Na de wetswijziging zal vermoedelijk jurisprudentie alsnog hierover duidelijkheid geven. Ik verwacht dat het bestuur in dit geval alsnog aansprakelijk wordt gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur.

Na de wetswijziging kan de goedkeuringsregeling een spanningsveld opleveren tussen bestuurders en aandeelhouders. Als de algemene vergadering besluit tot het uitkeren van dividend, dan dient de bestuurder hiervoor goedkeuring te geven. Als een bestuurder terughoudend is en de goedkeuring weigert, dan kan de aandeelhoudersvergadering dreigen met het ontslag van de bestuurder. De vergadering is immers bevoegd tot het benoemen en ontslaan van het bestuur. De praktijk vraagt derhalve om bestuurders met een rechte rug. In de praktijk zal blijken of er veel discussies ontstaan tussen bestuurders en aandeelhouders omtrent het uitkeren van dividend.

Naast de intrede van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen, is er flexibilisering in de certificaathouderrechten mogelijk. Het kan voor vennootschappen nadelig zijn dat certificaathouders en stemrechtloze aandeelhouders vergaderrechten hebben. Wanneer een vennootschap buiten een vergadering om besluiten wil nemen, kan dit alleen met instemming van alle vergadergerechtigden. Verder is het denkbaar dat een vennootschap geen behoefte heeft aan nieuwe vergadergerechtigden binnen een algemene

aandeelhoudersvergadering. Stemrechtloze aandelen hebben weliswaar geen stemrecht, maar wel vergaderrecht. Ook hebben houders van met de medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten naar huidig recht vergaderrechten. Het vergaderrecht van deze certificaathouders kan door een statutenwijziging worden ontnomen, mits alle betrokken certificaathouders hiermee instemmen. Als certificaathouders tegen dit besluit stemmen, zal er praktisch niets veranderen omtrent het vergaderrecht. Om het vergaderrecht van stemrechtloze aandelen te ontnemen, dienen er certificaten van te worden uitgegeven die volgens de statuten geen vergaderrecht hebben. Aan het certificeren van aandelen zitten extra kosten verbonden, wat in strijd is met de gedachte van de wetgever (verlaging van de kosten van een BV).

Accountants zullen na de wetswijziging naar verwachting meer werk van bestuurders krijgen dan voorheen. Als de aandeelhoudersvergadering besluit tot het uitkeren van dividend, dan moet een bestuurder beoordelen of na de uitkering van dividend de vennootschap haar opeisbare schulden kan betalen. Omdat de kans op hoofdelijke aansprakelijkheid bij een onverantwoorde uitkering groot is, kan een bestuurder om de hulp van een accountant vragen. De accountant mag slechts een prognose stellen op basis van de gegevens die door het bestuur ter beschikking zijn gesteld. Dit betekent dat de bestuurder alsnog *zelf* de afweging moet maken of de uitkering verantwoord is. Daarentegen dient een accountant wel zijn taak naar behoren uit te voeren. Bij een onbehoorlijke taakvervulling is het denkbaar dat de bestuurder achteraf de accountant aansprakelijk stelt wanneer zijn vennootschap failliet is gegaan, omdat een bestuurder het advies van de accountant heeft opgevolgd. Ik verwacht echter niet dat de schade van de vennootschap eenvoudig kan worden verhaald op de accountant, omdat het moeilijk aantoonbaar is dat door de prognose van de accountant de vennootschap failliet gaat. Er zijn immers meerdere factoren die meespelen bij een faillissement.

§ 4.3 Gevolgen voor het notariaat

Zodra het wetsvoorstel in werking is getreden, kunnen bestaande vennootschappen gebruik maken van de nieuwe mogelijkheden die de wet biedt en kunnen de statuten naar hun wensen inrichten. Nieuwe vennootschappen kunnen tevens gebruik maken van de nieuwe flexibele wetgeving. Naar verwachting zullen oprichters, bestuurders en aandeelhouders in zulke gevallen om advies vragen bij een notaris.

Een notaris kan derhalve van dienst zijn bij het oprichten en het wijzigen van de statuten van een vennootschap. Tevens kan een notaris haar cliënten informeren over de gevolgen na de wetswijziging en een daarbij passend advies geven. Bij het oprichten en wijzigen van een vennootschap, dient een notaris zich te houden aan zijn zorgplicht. Als een cliënt met een startkapitaal van één euro een vennootschap wil oprichten, dient een notaris zijn cliënt te behoeden voor de daarbij behorende risico's. Hoewel de minister toelicht dat de rol van de notaris beperkt blijft tot de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten¹³⁵, dient een notaris behoedzaam te zijn bij het helpen van haar cliënten. Een oprichter kan bijvoorbeeld bij een inbreng in natura bij het oprichten van zijn vennootschap, het goed hoger waarderen dan de werkelijke waarde ervan. Dit kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder als een vennootschap failliet gaat. Een notaris hoeft niet na te gaan of de waarde van de inbreng overeenkomt met de stortingsplicht, tenzij het overduidelijk is dat de waardering niet klopt. Als een goed te hoog gewaardeerd wordt, kan een notaris hierbij vragen stellen of weigeren om de akte van oprichting te passeren. Ook moet een notaris zijn medewerking weigeren als het vermoeden bestaat dat de gevraagde werkzaamheid in strijd is met de openbare orde of als zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die een ongeoorloofd doel of gevolg hebben.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2008/2009, 31 058, nr. 6, p. 17*

Naar verwachting zal de rol van de notaris na de wetswijziging voor een groot deel hetzelfde blijven. Hij moet wel op de hoogte zijn van de nieuwe wetgeving omtrent het BV-recht, omdat hij anders zijn cliënten niet van dienst kan zijn. De zorgplicht blijft centraal staan; de notaris dient zijn cliënten te behoeden voor de risico's, wanneer oprichters bijvoorbeeld met een klein kapitaal veel rechtshandelingen willen verrichten.

§ 4.4 Aanbevelingen

Zoals besproken kan een vennootschap worden opgericht met een kapitaal van bijvoorbeeld één euro. Met dit kapitaal zijn amper rechtshandelingen te verrichten. Indien dit toch wordt gedaan en de vennootschap kan vervolgens haar verplichtingen niet nakomen, dan handelt een vennootschap in strijd met de beklamel-norm en kunnen bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Om aansprakelijkheid te beperken, is het aan te raden om het gestorte kapitaal af te stemmen op de te verwachten activiteiten die een vennootschap gaat ondernemen. Een oprichter stelt hierbij een financieel plan of ondernemingsplan op, waarbij hij een inschatting maakt over de inkomsten en uitgaven voor een bepaalde termijn na oprichting. Met een gestorte financiële buffer kunnen rechtshandelingen worden verricht, zonder dat een bestuurder hoeft te vrezen voor aansprakelijkheid.

Het is aan te raden voor bestuurders dat zij na de wetswijziging goed naar de aandeelhouders communiceren. Bij een vergadering is het belangrijk om notulen vast te leggen, zodat later valt aan te tonen dat met de aandeelhouders is gecommuniceerd en op basis van welke feiten besluiten zijn genomen. Als de aandeelhoudersvergadering besluit tot het uitkeren van dividend, dient de bestuurder een afweging te maken of na het uitkeren de vennootschap kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Als een bestuurder de aandeelhouders niet op de hoogte stelt van de risico's na het uitkeren van dividend, dan is *alleen* de (wetende) bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de tekorten die ontstaan als een vennootschap na de uitkering binnen een jaar failliet gaat. Om aansprakelijkheid te voorkomen, moet een bestuurder zijn goedkeuring derhalve goed onderbouwen (middels het opmaken van een financiële begroting voorafgaand aan de uitkering) en dit communiceren naar de aandeelhouders. Als een bestuurder onvoldoende kennis heeft over de financiële situatie van een BV, is het aan te bevelen om een accountant te vragen naar zijn oordeel over de aanvaardbaarheid van een geplande uitkering van dividend.

Een accountant mag slechts een prognose stellen aan de hand van de gegevens die door bestuurder ter beschikking zijn gesteld. Het voor de bestuurder aan te raden om uiteindelijk *zelf* een afweging en een beslissing te maken aan de hand van deze prognose. Voor een accountant is het aan te bevelen om zijn prognose zo goed mogelijk te onderbouwen om zo eventuele aansprakelijkheid uit te sluiten. Daarnaast is het aan te raden om in zijn algemene voorwaarden te vermelden dat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld na het stellen van een prognose.

Om het besproken spanningsveld tussen bestuurders en aandeelhouders te voorkomen, is het voor een bestuurder aan te raden om de aandeelhouders er van te overtuigen dat door investeringen het uiteindelijke uitgekeerde dividend hoger zal zijn dan voorheen. Dit kan hij aantonen door gebruik te maken van bijvoorbeeld een financieel plan.

Zoals besproken, kan er na de wetswijziging gebruik worden gemaakt van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen. Voor sommige ondernemingen is het nadelig dat deze aandelen vergaderrechten hebben. Na de wetswijziging kan in de statuten worden bepaald dat certificaten van aandelen geen vergaderrecht hebben. Om besluitvorming zo eenvoudig mogelijk te maken, is het aan te raden om statutair het vergaderrecht van de certificaten te ontnemen. Vervolgens kunnen certificaten van normale aandelen worden uitgegeven, of certificaten van stemrechtloze aandelen. Het verschil tussen deze twee is met name de

invloed op de stemrechtverhouding binnen een vennootschap. Bij het certificeren van stemrechtloze aandelen zal de stemverhouding hetzelfde blijven. Voor bestaande vennootschappen met uitgegeven certificaten van aandelen die naar huidig recht vergaderrechten hebben, is het aan te bevelen om (na de wetswijziging) bij de eerstvolgende statutenwijziging het vergaderrecht conform artikel 2:227 lid 2 NBW aan de houders van certificaten te verbinden. Een alternatief voor stemrechtloze aandelen en certificaten, is het uitgeven van winstbewijzen. Deze zijn zeer flexibel in te richten en hebben geen stem- of vergaderrechten.

Na de wetswijziging blijft de taak van een notaris beperkt tot de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten. Naar verwachting wordt de adviserende rol van een notaris groter, omdat de wetswijziging uitgebreidere mogelijkheden heeft met betrekking tot het inrichten van een BV. Het is voor een notaris aan te raden om al de hoogte te zijn van de praktijkgevolgen van de wetswijziging voordat deze wordt ingevoerd. Hierdoor kan hij een belangrijke adviserende rol spelen als een vennootschap haar statuten wil wijzigen of als een ondernemer een BV wil oprichten. Zo kan hij de cliënt informeren over de wetswijziging en de daaruit vloeiende nieuwe mogelijkheden voor het inrichten van een BV. Daarnaast kan een notaris een cliënt behoeden voor de risico's die bepaalde handelingen met zich meebrengen.

Evaluatie

Het stageproces is prima verlopen. Ik heb voldoende informatie kunnen vinden over het onderwerp om mijn scriptie te kunnen schrijven. Verder heb ik voldoende tijd en ruimte gehad om van mijn scriptie een goed eindproduct te maken.

Als ik terugblik op het begin van mijn stageproces, vond ik het begin het moeilijkst. Over de flexibilisering van het BV-recht is ontzettend veel geschreven, dus het is lastig om daar een goed overzicht van te krijgen. Daarnaast zijn sommige oudere publicaties niet meer recent, omdat de Tweede Kamer gedurende het proces meerdere malen het wetsvoorstel had gewijzigd. Het wetsvoorstel is in mei 2007 tot stand gekomen en deze is pas (inclusief de invoeringswet) goedgekeurd in oktober 2011. Ik heb dus sommige delen van mijn scriptie op een later tijdstip alsnog moeten wijzigen. Bij de Eerste Kamer is er nog steeds discussie over bepaalde bepalingen in de wet. Het is dus nog niet zeker of het huidige gewijzigde wetsvoorstel wordt aangenomen, of dat er nog een reparatiewet aan wordt toegevoegd waarbij onzekerheden in het wetsvoorstel worden weggenomen.

Bij het lezen van relevante informatie nam ik al gauw argumenten over en beschouwde deze als sterke argumenten. Zo was ik het eens met de argumentaties bij de memorie van toelichting. Na het lezen van kritieken op het wetsvoorstel van auteurs waarbij deze memorie van toelichting bekritiseerd werd, kreeg ik een andere kijk op het wetsvoorstel. Dit heeft me geleerd om een kritische blik te werpen op informatie en bepalingen in het wetsvoorstel. Als ik deze kritieken niet had gelezen, had mijn scriptie er vermoedelijk heel anders uitgezien. Nu ben ik tot de conclusie gekomen dat het wetsvoorstel niet helemaal waterdicht is en er situaties denkbaar zijn die voor onzekerheid kunnen zorgen in de praktijk. Het is voor betrokkenen wel zo prettig als alle onzekerheden na de wetswijziging worden weggenomen. Ik hoop dan ook dat de Eerste Kamer bij het onderzoek naar het wetsvoorstel deze onzekerheden weg zal nemen.

Verder heb ik geleerd dat ook deskundigen het niet altijd juist hebben. Kritieken op het huidige wetsvoorstel zijn niet altijd sterk beargumenteerd en worden later al gauw weerlegd door andere deskundigen. Hoewel het leerzaam voor mij is geweest om deze kritieken te lezen, heb ik niet alles voor waarheid aangenomen. Bovendien zijn sommige kritieken al verouderd, omdat het wetsvoorstel inmiddels al meerdere malen is gewijzigd, of dat de minister sommige vragen al heeft beantwoord.

Het een uitdaging om mijn scriptie bondig te houden, gezien de scriptie een maximum aantal pagina's mocht zijn. Ik heb bij het schrijven van mijn scriptie geprobeerd om zo volledig mogelijk te zijn met mijn informatie en beargumentering. Er veelvuldig is geschreven over dit onderwerp, verwacht ik niet dat ik elk aspect heb behandeld. Bovendien is de discussie in de Eerste Kamer over het wetsvoorstel nog in volle gang.

Ik ben blij dat mijn stagebegeleider kennis en inzicht had over het onderwerp waarover ik mijn scriptie heb geschreven. Hij heeft, naast andere deskundigen, ook een bepaalde visie over dit onderwerp en heeft dit met mij gedeeld. Ik heb hier mijn lering uit kunnen trekken en aan zijn kritische kijk op het wetsvoorstel heb ik veel gehad.

Ik denk dat ik een bruikbare scriptie heb geleverd aan Marks Wachters Notarissen. Ik denk dat dit product betrouwbaar is, omdat ik veel literatuur heb gelezen en hieruit mijn conclusies heb getrokken. Mijn scriptie bevat bronvermeldingen, welke verwijzen naar de bronnen die ik heb gebruikt bij het schrijven. Ik heb bij mijn scriptie een PowerPoint en een voorbeeldbrief voor cliënten gemaakt. Deze kunnen bruikbaar zijn voor het informeren en adviseren van cliënten die na de wetswijziging een BV op willen richten.

Mijn stage heb ik als prettig ervaren en ik heb een hoop geleerd op het gebied van het ondernemingsrecht. Deze kennis is praktijkgericht en zeker nuttig voor mijn toekomst.

Bronnenlijst

Boeken

Asser 2000

Mr. C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 425

Bier 2012

B. Bier in P.J. van der Korst e.a., *Handboek onderneming en aandeelhouder' deel II: De rechten van de aandeelhouder/ AVA*, Deventer: Kluwer 2012

Van Duuren 2006

T.P. van Duuren e.a., *De vereenvoudigde BV; preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2006

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in de kapitaalvennootschappen*, Deventer: Kluwer 1999, p.160

Oranje 2008

F.J. Oranje e.a. , *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk*, Den Haag: SDU uitgevers 2008

Tijdschriften

Barneveld 2009

J. Barneveld, 'Flexibele regels inzake uitkeringen', *WPNR* 2009, p.693

Barneveld 2011

J. Barneveld, 'dividend, decharge en disculpatie', *WPNR* 2011, p. 562

Bier 2010

B. Bier, 'Rondom decharge', *TOP* 2010/8, p. 304.

Van Campen 2011

Mr. A.C. van Campen e.a.; 'uitkeringen aan aandeelhouders door de flexibele BV: het enige dat telt is geld', *Juridisch up to Date* 2011, p.17-18

Dieleman 2011

A. Dieleman, 'Accountantsrol bij dividend-uitkering krijgt formele status', *tijdschrift AN Ondernemingsrecht* 2011, p.16

Dortmond 2009

P.J. Dortmond, 'De tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht', *TvO* 2009/4

Van Hoek 2008

F.H.E. van Hoek e.a., 'Fiducie; de aansprakelijkheid van de accountant' , *Fiducie* 2008, p.7-9

Lennarts 2010

M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', *WPNR* 2010, p. 704-715

Marges 2007

S.M. Marges, 'De wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht', *FTV* 2007, p.7

Portier 2011

G.M. Portier, 'Flex-bv: overgangsregeling certificering, zo werkt het (niet)', *WPNR* 2011, p. 47-52

Rulkens 2010

R. Rulkens, 'De flex BV en de rol van de bestuurder bij dividenduitkeringen: hoofdpijn voor de wetgever', *Appèl* 2010, nr. 2, p.3

Van der Sangen 2004

G.J.H. van der Sangen en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Modernisering van het BV-recht en Crediteurenbescherming', *TvOB* 2004, p. 252-254

Van der Sangen 2007

G.J.H. van der Sangen, 'Het wetsvoorstel Vereenvoudiging en onderneming en flexibilisering van het BV-recht: de belangrijkste wijzigingen', *Tijdschrift fiscaal ondernemingsrecht* 2007, p.9,88

Slagter 2009

W. Slagter, 'Twee tegendraadse amendementen op de voorstellen tot flexibilisering van de BV', *NJB* 2009, p. 1-2

Subnel

A. Subnel, 'Nieuwe Flex-BV is geen goed idee', *FD Web* 2012, p. 1-2

Uittien 2011

H. Uittien en S.A. Alleman, Managementparticipatie bij private equity investeringen, *tijdschrift voor de Ondernemingspraktijk* 2011, p. 308

Van Veen 2009

W.J.M. van Veen, 'gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp flex.bv', *WPNR* mei 2009, p. 303,304

Van Veen 2012

W.J.M. van Veen, 'Vermogensbescherming bij de Flex-BV: Back to basics!' *WPNR* 2012, nr. 2, p. 28

Wouters 2011

R.J. Wouters, 'Certificering onder het nieuwe BV-Recht: werkt het zo (wel) voor de praktijk?', 2011: SDU Uitgevers, p.242

Jurisprudentie

HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43
Rb Den Bosch 11 maart 1983, *NJ* 1984, 394
HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden)
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel)
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox)
HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 (Verenigde Bootlieden)
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van der Ven)
HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo)
HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 630 (Bas-C)
HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 282 (De Rijk q.q./Van Roy)
HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam)

HR 7 mei 2004, NJ 2004, 360
HR 8 april 2005, JOR 2005, 119

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2006,2007, 31 058, nr. 3
Kamerstukken II 2008/2009, 31 058, nr. 6
Kamerstukken II 2009-2010, 32 426, nr. 3
Kamerstukken II 2010-2011, 32 426 nr. 3
Kamerstukken II 2010/2011, 32 426, nr. 7
Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 8
Kamerstukken II 2011/2012, 32 426, nr. 24
Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. C
Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. D

Rapporten

Biesheuvel 2008

A.J. Biesheuvel e.a., *Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*, 2008

De Kluiver 2004

H.J. de Kluiver e.a., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*. Den Haag: 6 mei 2004

Lennarts 2004

M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht* (eindrapport Rijksuniversiteit Groningen), 2004

Brief van VNO-NWC aan de leden van de Vaste Commissie van Justitie Eerste Kamer d.d. 15 maart 2010

Internetbronnen

Van den Bergh-Ubing 2011

M.E.G. van den Bergh-Ubing, 'Wetsvoorstel Flex BV: gevolgen voor de praktijk voor certificering van aandelen', publicatie van Benvaor Advocaten 2011. Geraadpleegd op 9 mei 2012, <<http://benvaor.com/download/54>>

Rutten 2010

K. Rutten, 'Vrijwaring en D&O verzekering bij claims tegen bestuurders', publicatie van Wijnen Stael Advocaten 2010. Geraadpleegd op 9 mei 2012, <www.wijnenstael.nl/nieuwsbericht/Aansprakelijkheid-bestuurders>

Handleiding van de regelgeving accountancy NV COS. Geraadpleegd op 9 mei 2012, <www.norea.nl/Sites/nivra_site/COS/HTML/50495.asp>

Nieuwsbericht van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. Geraadpleegd op 9 mei 2012, <www.knb.nl/dossier/kleine-bv/kleine-bv>