

Vergaderjaar 2010–2011

**32 426**

## **Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)**

**Nr. 7**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 30 maart 2011

#### **I. Algemeen**

##### *1.1. Inleiding*

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de vragen en opmerkingen van de fracties die in het verslag aan het woord zijn. Ik ben verheugd dat de leden van de VVD- en CDA-fractie mijn mening delen dat het wetsvoorstel samen met het in de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: wetsvoorstel bv-recht)<sup>1</sup>, waarvan het wetsvoorstel de invoering beoogt te faciliteren, bijdraagt aan de modernisering van het vennootschapsrecht en de lastenverlichting van ondernemers. Beide wetsvoorstellen verdienen een voortvarende behandeling, zodat ondernemers – en daarmee de Nederlandse economie – zo snel mogelijk zullen kunnen profiteren van de daarin getroffen maatregelen. Dankzij deze wetsvoorstellen zal de oprichting van bv's worden vereenvoudigd en zal de inrichting van bv's beter op maat gesneden kunnen worden naar de wensen van de ondernemer en naar de aard van de onderneming, waarbij ook de belangen van crediteuren worden gewaarborgd. Dit zal de bedrijvigheid in Nederland stimuleren en de concurrentiepositie van Nederland verstevigen.

Zowel de VVD- als de CDA-fractie hebben gevraagd te reageren op de brief van 20 september 2010 van VNO-NCW/MKB Nederland aan uw commissie en op de brief van 17 september 2010 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (Commissie Wetsvoorstellen). In deze nota zal ik hieronder eerst ingaan op de vragen die door de leden van de verschillende fracties zijn gesteld, in de volgorde waarin ze zijn gesteld. Daarna zal ik reageren op de overblijvende vragen en opmerkingen uit beide brieven.

Verwijzingen naar wetsartikelen betreffen, tenzij anders blijkt, steeds bestaande of voorgestelde artikelen van het Burgerlijk Wetboek, meer in het bijzonder van Boek 2, tenzij een ander boek van het Burgerlijk Wetboek is aangegeven.

<sup>1</sup> Voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Kamerstukken I 2009/10, 31 058, nr. A.

De leden van de PvdA-fractie lezen dat de beperking van de verkrijging van eigen aandelen door de bv tot maximaal de helft van het kapitaal wordt afgeschaft. Zij vragen of hiermee wordt afgeweken van de regeling betreffende de verkrijging van eigen aandelen bij de nv en zo ja, op welke onderdelen en waarom.

De regeling zoals die in het wetsvoorstel bv-recht wordt voorgesteld voor de verkrijging van eigen aandelen is gelijk aan die voor niet-beursgenoteerde nv's. Sinds juni 2008 is de verkrijging van eigen aandelen door een dergelijke nv niet langer beperkt tot een bepaald percentage (voorheen 10%) van het geplaatste kapitaal (Stb. 2008, 195, wijziging van artikelen 64 en 98) en hetzelfde wordt nu voorgesteld voor het bv-recht. Voor beide rechtspersonen geldt nog wel als ondergrens dat na de verkrijging ten minste één aandeel door een ander dan de vennootschap of een dochtermaatschappij wordt gehouden (artikel 64 lid 1 en artikel 175 lid 1 (nieuw)). Voor beurs-nv's geldt nog wel een ondergrens van 50% van het geplaatste kapitaal (artikel 98 lid 2). Voor crediteuren geldt bij de nv en de bv de waarborg dat inkoop van eigen aandelen alleen mag plaatsvinden voor zover het eigen vermogen van de vennootschap, verminderd met de verkrijgingsprijs, niet kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (artikelen 98 lid 2 en 207 lid 2). Een verschil betreft de uitkeringstest die in het nieuwe bv-recht ook als waarborg is toegevoegd (artikel 207 lid 2) en die in de wettelijke regeling van het nv-recht ontbreekt, maar die op basis van de jurisprudentie ook voor de nv geldt (zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox) en HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders Didam)).

De leden van de CDA-fractie lezen dat de regering stelt dat het wetsvoorstel bv-recht een rol speelt in de bestrijding van de huidige economische crisis. Zij vragen wat de regering hiermee precies bedoelt.

De flexibilisering en vereenvoudiging van het bv-recht kan de economische bedrijvigheid in Nederland stimuleren en de internationale concurrentiepositie van Nederland als vestigingsland verbeteren. Door de beperking van de administratieve lasten, het afschaffen van het maatschappelijk kapitaal, de summiere eisen die nog aan de statuten worden gesteld en de ruime mogelijkheden om de bv naar de aard van de onderneming en de wensen van de ondernemer in te richten, wordt de oprichting van een bv vereenvoudigd, goedkoper en daardoor beter bereikbaar voor ondernemers en wordt Nederland aantrekkelijker als vestigingsland voor internationale ondernemingen. Dit draagt o.a. bij aan de werkgelegenheid en de belastinginkomsten.

### *1.2. Buitenstatutaire afspraken en andere wijzen van kostenbesparing*

De leden van de PvdA-fractie lezen dat de regering afziet van een wettelijke bepaling waarin het mogelijk wordt gemaakt om bepaalde interne afspraken ook buiten de statuten vast te leggen, bijvoorbeeld in reglementen van orde of huishoudelijke reglementen, omdat een wettelijke regeling afbreuk zou doen aan de flexibiliteit die het reglement nu biedt als het gaat om de eisen die gesteld worden aan totstandkoming of wijziging van reglementen. Deze leden vragen of de regering hiermee ook bedoelt te zeggen dat met het codificeren van reglementen, de beoogde flexibiliteit in het bv-recht of vermindering van administratieve lasten juist niet wordt bereikt? Zo ja, kan hier nader op worden ingegaan? Op dit moment vervullen reglementen een nuttige rol voor het informeel vastleggen van interne afspraken zonder statutaire basis, welke afspraken niet voor derden kenbaar hoeven te zijn. Er is geen notariële akte voor vereist, zodat aan het vastleggen of wijzigen ervan geen notariskosten verbonden zijn. Er zijn geen vormvoorschriften aan verbonden. Ik zie geen reden voor het vastleggen van deze reglementen in de wet. Dit zou tot onnodige formalisering leiden: er zouden eisen aan totstandkoming, wijziging en inhoud gesteld moeten worden, mogelijk met notariële

tussenkomst. Dit zou inderdaad afbreuk doen aan de flexibiliteit die de reglementen nu bieden en die ook de statuten in het nieuwe bv-recht zullen bieden en het zou administratieve lasten toevoegen waar deze nu niet nodig zijn.

De leden van de CDA-fractie merken op dat door de regering wordt gesteld dat uit een onderzoek van Bureau Berenschot blijkt dat de kosten van het laten opstellen van een oprichtingsakte onder het huidige recht bijna 50 miljoen euro per jaar bedragen. Deze leden lezen met genoegen dat door middel van het wetsvoorstel aanzienlijke besparingen worden doorgevoerd en zij vragen de regering dit nader te onderbouwen en toe te lichten.

Besparingen op de oprichtingsakte kunnen worden gerealiseerd wanneer de oprichters van de bv volstaan met summier statuten. Het nieuwe bv-recht heeft onder andere tot gevolg dat het veelal hoofdregels bevat, waarvan bij (of krachtens) de statuten kan worden afgeweken. Maar wie het wettelijke systeem afdoende vindt, kan volstaan met statuten die niet meer hoeven te bevatten dan naam, zetel, het doel, het aandelenkapitaal en een regeling voor belet of ontstentenis van bestuurders (en, indien aanwezig, commissarissen). De wet functioneert hier eigenlijk als goedkoop modelstatuut en zal voor de meeste ondernemers – die geen bijzondere afspraken over stemrecht e.d. willen – ook volstaan. De kosten van dergelijke statuten zijn beperkt.

Verdere verlichting van de administratieve lasten en de daarbij behorende kosten worden bijvoorbeeld gerealiseerd door het vervallen van de verplichte bankverklaring bij storting op aandelen (artikel 203a) en van de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura (artikelen 204a en 204b). En ook de afschaffing van het verplichte minimumkapitaal levert een directe lastenvermindering op. Overigens zij hier herhaald dat bij het wetsvoorstel bv-recht en bij het onderhavige wetsvoorstel slechts een beperkt aantal versoepelingen betrekking heeft op door de overheid voorgeschreven informatieverplichtingen (zie memorie van toelichting, p. 13, Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3 en ook Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 9). Daardoor leidt de herziening van het bv-recht niet zozeer tot kwantitatieve vermindering van de administratieve lasten als wel tot minder regeldruk door versoepeling van de regels in de vorm van lagere nalevingskosten.

### *1.3. Fusie, splitsing en omzetting*

De leden van de VVD-fractie merken op dat in de verschillende wetsbepalingen waarin het verval van aandelen in het kader van een omzetting, fusie of splitsing wordt ingevoerd, geen eenduidige systematiek wordt gehanteerd. Zo wordt in artikel 330a lid 1 BW en in artikel 334e lid 1 voorgesteld dat het bedrag van de schadeloosstelling in het fusievoorstel respectievelijk het splitsingsvoorstel wordt opgenomen. In de artikelen 181 en art. 183 BW wordt dit niet voorgeschreven en in artikel 333h lid 2 BW (grensoverschrijdende fusie) is de hierboven bedoelde systematiek van schadeloosstelling niet ingevoerd.

De procedure voor omzetting is een andere dan die van fusie of splitsing. Het besluit tot omzetting is welbeschouwd een besluit tot statutenwijziging en wordt ook als zodanig behandeld door de algemene vergadering. De rechtspersoon blijft bij omzetting bestaan (aldus artikel 18 lid 8), terwijl fusie en splitsing veel complexere rechtsfiguren zijn, omdat daar rechtspersonen ophouden te bestaan en nieuwe rechtspersonen kunnen worden opgericht (zie artikelen 309, 311 en 334a). Bij fusie en splitsing moet een uitgebreid voorstel daartoe, waarvan de inhoud bij wet is voorgeschreven, worden opgesteld en ter inzage gelegd (artikelen 312, 314, 334d, 334f en 334h), bij omzetting ontbreekt een dergelijk uitgewerkt voorstel (artikel 18 lid 2).

De aan het woord zijnde leden merken terecht op dat in de artikelen over de grensoverschrijdende fusie een regeling voor winst- of stemrechtloze aandelen waarvoor in de verkrijgende vennootschap geen plaats meer is, ontbreekt. Daartoe is in de nota van wijziging artikel 333h aangevuld. De leden van de VVD-fractie bepleiten in navolging van kritiek die in de literatuur is geleverd, het bedrag van de schadeloosstelling in het fusievoorstel te vermelden (zie ook Van Veen, TvOB 2007, nr. 3, p. 71–85). Mede naar aanleiding van deze vraag en de kritiek in de literatuur is in de nota van wijziging opgenomen dat in het voorstel voor de fusie of splitsing een voorstel moet worden opgenomen waarin de gevolgen van de fusie respectievelijk splitsing voor de houder van stem- of winstrechtloze aandelen moeten worden vermeld (artikel 326 onder d). Dat betekent in ieder geval dat moet worden vermeld of wordt voorgesteld deze aandelen te converteren in aandelen die de nv wel kent, waardoor de houders van de stem- of winstrechtloze aandelen ook aandeelhouders in de nv kunnen worden, of dat de aandeelhouders schadeloosstelling aangeboden zal worden voor het verlies van hun aandelen, waarbij het voorstel voor de omvang van dat bedrag in het fusievoorstel vermeld kan worden. Dit is ook van belang voor de aandeelhouders die over het fusie- of splitsingsvoorstel moeten besluiten. Zij zullen immers willen weten wat er gaat gebeuren met de houders van stem- of winstrechtloze aandelen: worden het «gewone» aandeelhouders, dan verwateren de rechten van de overige aandeelhouders.

Het is aan te bevelen dat het bestuur van de vennootschap, voordat het fusievoorstel wordt geformuleerd, met de desbetreffende aandeelhouders heeft overlegd over hun positie na de fusie of splitsing. Tussen de bekendmaking van de neerlegging van dat voorstel en het passeren van de notariële akte kan maximaal een half jaar liggen (artikelen 318 en 334n). Die periode kan worden gebruikt voor onderhandelingen over de uiteindelijke schadeloosstelling als wordt geconcludeerd dat deze aandeelhouders de vennootschap zullen verlaten. Komen partijen daar onderling niet uit, dan stelt de rechtbank op verzoek van de meest gereede partij de schadeloosstelling vast, eventueel met behulp van onafhankelijke deskundigen die door de rechtbank benoemd worden. Het is dus van belang dat tijdig met de houders van dergelijke aandelen wordt gesproken over hun positie na de fusie of splitsing, opdat als partijen niet onderling tot een vergelijk komen, deze schadeloosstellingsprocedure niet tot teveel vertraging bij de fusie of splitsing leidt.

Het opnemen van het bedrag van de schadeloosstelling in het fusievoorstel behoort tot de mogelijkheden voor de vennootschap, maar zal niet worden voorgeschreven in de wet. Het bedrag zou dan al moeten vaststaan en op het moment van het opstellen van het fusievoorstel zal dat niet altijd het geval zijn. De vennootschap zal de vrijheid hebben het onderhandelingsproces met de betrokken aandeelhouders op eigen wijze in te vullen.

Wel wordt in de nota van wijziging (artikel 330a lid 2) ingespeeld op de mogelijkheid dat in de statuten of in een overeenkomst met de aandeelhouders die het betreft een duidelijke maatstaf wordt opgenomen voor de vaststelling van de waarde van de aandelen en de vaststelling van de schadeloosstelling. Ik verwijs naar een van de volgende vragen van de leden van de VVD-fractie, die naar een dergelijke regeling vragen.

De schadeloosstelling zal worden bepaald aan de hand van de nominale waarde van de aandelen en zal daarnaast doorgaans nog een element van schadeloosstelling bevatten voor het verlies van dividendinkomsten of andere financiële aanspraken of voor het verlies van stemrecht. De schadeloosstelling zal op het moment van het verlijden van de akte van omzetting, fusie of splitsing op de derdenrekening van de notaris moeten staan ten behoeve van de houders van de stem- of winstrechtloze aandelen.

Volgens de leden van de VVD-fractie moet bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse bv de verdwijnende vennootschap is in voorkomende gevallen tweemaal een bedrag voor de schadeloosstelling worden opgenomen. Ten eerste met betrekking tot aandelen zonder stemrecht en zonder winstrecht, waarvoor geldt dat i) de procedure tot waardevaststelling moet zijn afgerond voordat het fusievoorstel kan worden ondertekend; en ii) het in het fusievoorstel opgenomen bedrag bindend is (artikel 326 jo. artikel 330a en artikel 333b BW). En ten tweede met betrekking tot andere aandelen waarvoor geldt dat i) de procedure tot vaststelling van de waarde pas kan aanvangen nadat het fusievoorstel is vastgesteld en het besluit tot fusie is genomen; en ii) dat het in het fusievoorstel opgenomen bedrag slechts een voorstel betreft (artikel 333d BW).

In het door de leden van de VVD-fractie aangehaalde artikel 326 is sprake van de ruilverhouding van de aandelen en die ziet alleen op de aandelen van aandeelhouders die ook na de fusie nog aandeelhouder zullen zijn in de gefuseerde vennootschap. Die ruilverhouding moet in het fusievoorstel worden opgenomen. Voor houders van stem- of winstrechtloze (of «gewone») aandelen die niet meegaan in de fusie, moet een schadeloosstelling vastgesteld worden volgens de procedure zoals die in de nota van wijziging is opgenomen.

Om te voorkomen dat voortaan voor alle aandeelhouders die de vennootschap verlaten de procedure van de geschillenregeling (artikel 339) moet worden gevolgd (opgenomen in artikel 330a lid 2, waarnaar in artikel 333c lid 1 wordt verwezen), is in de nota van wijziging opgenomen dat voor «gewone» aandeelhouders de huidige procedure tot vaststelling van schadeloosstelling van toepassing blijft (artikel 333h lid 2). Voor het geval er zowel schadeloosstelling voor aandeelhouders zonder winst- of stemrecht moet worden bepaald als voor «gewone» aandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende fusie hebben gestemd, is de mogelijkheid opgenomen dat dat voor beide categorieën aandeelhouders in één procedure geschiedt op de wijze van artikel 333a lid 2 (zie artikel 333h lid 2, laatste volzin). Van het tweemaal moeten procederen om de schadeloosstelling te doen bepalen, hoeft dus geen sprake te zijn.

Naar het oordeel van de leden van de VVD-fractie is de gekozen methode voor de waardebepaling bij omzetting, splitsing en (grensoverschrijdende) fusie omslachtig. Ondermeer de benoeming van deskundigen en tussenkomst van de Ondernemingskamer – in de constellatie van het huidige wetsvoorstel bij grensoverschrijdende fusie mogelijk zelfs tweemaal – zouden kunnen betekenen dat er grote vertraging optreedt met een kostenverhogend effect. Deze leden vragen of de regering dit risico denkbeeldig acht en of niet kan worden volstaan met een waardebe-  
paling door onafhankelijke deskundigen daartoe aangesteld door de vennootschap.

Bij het laten aanwijzen van deskundigen door de rechter is in het wetsvoorstel aangesloten bij de wijze waarop in de huidige wetgeving deskundigen worden aangewezen die de schadeloosstelling moeten bepalen voor degenen die onvrijwillig de vennootschap verlaten of die niet (als aandeelhouder of lid) konden meebeslissen over de fusie of splitsing. Daarvan is sprake als de omvang van de schadeloosstelling moet worden bepaald voor degenen die niet hebben ingestemd met een besluit een bv om te zetten in een vereniging, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (artikel 181 lid 3), voor aandeelhouders die tegen een grensoverschrijdende fusie hebben gestemd (artikel 333h lid 2) en voor degenen die anders dan als lid of aandeelhouder in geval van een fusie of splitsing een bijzonder recht jegens de verdwijnende rechtspersoon respectievelijk de splitsende rechtspersoon hebben (artikel 320 lid 2 en artikel 334p lid 2). In deze gevallen is extra bescherming door middel van door de rechter aangewezen onafhankelijke deskundigen van belang ter bescherming van de bijzondere positie van de betrokkenen. Het

aanwijzen van onafhankelijke deskundigen zonder rechterlijke tussenkomst is beperkt tot die gevallen waarin de aandeelhouder niet tegen zijn wil wordt gedwongen tot aanbieding en overdracht van aandelen (artikel 192 lid 3) en die gevallen waarin de aandeelhouder zelf zijn aandelen wil overdragen (artikel 195 leden 1 en 4).

In de praktijk zullen partijen echter ook in geval van onvrijwillig vertrek eerst proberen tot een minnelijke regeling te komen voor het uittreden van de houders van stem- of winstrechtloze aandelen en het staat de partijen vrij om in deze fase deskundigen in te schakelen die de hoogte van de schadeloosstelling vaststellen. Als alle betrokkenen daarmee akkoord gaan, is rechterlijke tussenkomst niet nodig. Komen partijen er onderling niet uit, dan kunnen in die gevallen door de rechter (nieuwe) deskundigen worden benoemd, die een bindende schadeloosstelling kunnen voorstellen. Uit oogpunt van de bescherming van aandeelhouders die onvrijwillig in een positie terecht komen waar zij zelf geen invloed op hebben gehad (in geval van houders van stemrechtloze aandelen), dan wel waar zij zich tegen uitgesproken hebben (in geval van houders van winstrechtloze aandelen), wil ik vasthouden aan de mogelijkheid om, als men niet tot een minnelijke regeling kan komen, de rechter te vragen de schadeloosstelling vast te stellen, die daarvoor desgewenst onafhankelijke deskundigen kan benoemen.

Ten slotte vragen de aan het woord zijnde leden in dit verband of het zou moeten worden toegelaten dat in de statuten een regeling wordt gegeven omtrent de bepaling van de waarde of vaststelling van de prijs van de aandelen die bij een omzetting, fusie of splitsing komen te vervallen. Het wetsvoorstel voorziet in deze mogelijkheid in het kader van een blokkeringsregeling en zelfs bij een gedwongen overdracht van de aandelen. Zij vragen of eenzelfde mate van flexibiliteit ook bij het vervallen van aandelen kan worden toegekend.

In navolging van deze suggestie van de leden van de VVD-fractie wordt bij nota van wijziging voor het bepalen van de schadeloosstelling voor houders van stem- of winstrechtloze aandelen wegens het verlies van hun aandelen na omzetting, fusie, of splitsing, een soortgelijke regeling opgenomen zoals in het wetsvoorstel bv-recht is opgenomen bij de geschillenregeling (artikel 339). Ook hier speelt een statutaire prijsbepaling een belangrijke rol. Wanneer de vennootschap bij de invoering van stem- of winstrechtloze aandelen wil voorkomen dat er in geval van een fusie of splitsing veel tijd en moeite gestoken moet worden in het tot een vergelijk komen met de houders van deze aandelen over hun positie na de fusie of splitsing en met name over de hoogte van de schadeloosstelling, kan zij in de statuten een regeling opnemen om die schadeloosstelling te bepalen. Mocht in geval van een fusie of splitsing geen overeenstemming bereikt worden met deze aandeelhouders over hun positie na die fusie of splitsing, dan hoeft de procedure tot de vaststelling door de rechter van de hoogte van de schadeloosstelling slechts geringe tijd te vergen, omdat er dan een statutaire regeling bestaat waar de rechter (en indien nodig, de deskundigen) zich op kan (kunnen) baseren. De houder van stem- of winstrechtloze aandelen is bekend met die statuten of de overeenkomst, zodat hij weet hoe die schadeloosstelling te zijner tijd wordt vastgesteld.

De leden van de CDA-fractie lezen dat in het kader van de mogelijkheid tot omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een naamloze vennootschap met aandelen op naam en vice versa de regering opmerkt dat hiertegen geen principiële bezwaren zijn. Wat bedoelt zij hiermee precies?

Met het ontbreken van principiële bezwaren is bedoeld dat het systeem van het vennootschapsrecht zich niet verzet tegen deze omzetting en dat er geen andere zwaarwegende redenen zijn die deze omzetting onmogelijk zouden kunnen maken, bijvoorbeeld omdat er teveel juridische complicaties zijn bij een dergelijke omzetting.



De leden van de SP-fractie vragen wat de voor- en nadelen zijn van stemrechtloze aandelen bij naamloze vennootschappen.

Voordelen van stemrechtloze aandelen zijn:

- Zij vereenvoudigen de mogelijkheid om aandelen toe te kennen in situaties waarin het vooral gaat om het bieden van financiële deelname in de vennootschap, zonder de stemverhoudingen aan te tasten. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in het kader van werknemersparticipaties, externe kredietverstrekkers (banken) en bij familieopvolging, waarbij het terugtrekkende familielid geen inspraak meer in de onderneming wenst.
- Zij maken kapitaalinjecties door middel van uitgifte van aandelen mogelijk zonder de aanvankelijk overeengekomen stemverhoudingen in de vennootschap te wijzigen.
- Zij zijn in internationaal verband een gebruikelijke figuur (o.a. in het Verenigd Koninkrijk, Spanje, België, Duitsland, Italië, Frankrijk, de Verenigde Staten en Japan) en kunnen daarom van nut zijn voor internationale (houdster-)structuren en voor de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland.
- Ten opzichte van certificering van aandelen heeft de uitgifte van stemrechtloze aandelen als voordeel dat de invoeringskosten lager zijn omdat er geen stichting administratiekantoor wordt opgericht en dat er helemaal geen stemrecht bestaat, terwijl bij gecertificeerde aandelen het stemrecht toekomt aan het administratiekantoor. Bovendien blijkt in het buitenland certificering moeilijk uit te leggen. Zo kan ook de fiscale kwalificatie van stemrechtloze aandelen door de buitenlandse fiscus eenvoudiger verlopen dan bij gecertificeerde aandelen.
- Ten opzichte van participatiebewijzen, zijnde winstrechten die statutair worden vormgegeven als een aandeel zonder stemrecht, is het voordeel van stemrechtloze aandelen dat naar huidig recht de status van participatiebewijzen onzeker is.

Een nadeel van stemrechtloze aandelen is dat aan aandeelhouders een belangrijk element van het aandeelhouderschap wordt ontnomen. Daarom is in het wetsvoorstel bv-recht ter bescherming van de minderheidsaandeelhouder geregeld dat stemrecht niet zonder de instemming van de desbetreffende aandeelhouder kan worden ontnomen. Een ander mogelijk nadeel is dat er binnen één vennootschap een grote diversiteit van aandelen kan bestaan, met name als er ook nog winstrechtloze aandelen zijn. Hierdoor kan de complexiteit van statutaire regelingen toenemen. Dat is dan echter een gevolg van de keuzes die men binnen de vennootschap maakt.

#### *1.4. Pandrecht en vruchtgebruik op gecertificeerde aandelen*

De leden van de CDA-fractie lezen dat de regering omtrent het pandrecht en vruchtgebruik op gecertificeerde aandelen stelt dat er geen reden is gevonden om artikel 3:259 ten gevolge van het wetsvoorstel bv-recht te wijzigen. Kan de regering dit toelichten?

Geen van de wijzigingen die in het wetsvoorstel bv-recht zijn voorgesteld hebben zodanige invloed op gecertificeerde aandelen en op het pandrecht daarop, dat naar aanleiding daarvan nog nadere wijziging nodig zou zijn. Het ging daarbij vooral om de vraag of wegens de omstandigheid dat er geen winst wordt uitgekeerd op die aandelen, terwijl door de uitgifte van certificaten derden juist delen in de opbrengst van die aandelen (aldus artikel 3:259), een verbod op certificering van winstrechtloze aandelen overwogen zou moeten worden. Ook het pandrecht zou dan geen doel meer dienen. Echter, het recht van de certificaathouder en diens pandrecht op de aandelen strekt zich ook uit tot andere uitkeringen (liquidatiesaldo, terugbetaling uit kapitaal, uitkering uit vermogen en opbrengst bij vervreemding). Bovendien is de relatie tussen aandeel-

houder en diens certificaathouder een contractuele relatie, waarin de wetgever zo min mogelijk dient te treden.

### *1.5. Fiscale aspecten*

De leden van de VVD-fractie zijn benieuwd naar de stand van zaken van de benodigde fiscale aanpassingen en vernemen graag of de aanpassingen tijdig zullen zijn verwerkt. Zo nee, op welke termijn zal die verwerking naar verwachting een feit zijn? Daarbij rijst bij deze leden de vraag hoe in de tussentijd met eventuele lacunes in de fiscale wetgeving wordt omgegaan.

In de memorie van toelichting is voor een aantal belangrijke regelingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) en de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) de doorwerking in het fiscale recht van de in het wetsvoorstel bv-recht aangebrachte wijzigingen nader toegelicht. Conclusie hierbij is dat deze fiscale bepalingen op zodanige wijze zijn vormgegeven dat op adequate wijze rekening kan worden gehouden met de mogelijkheden die de flexibilisering van het bv-recht biedt. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet dan ook niet in aanpassingen van fiscale wetten als de Wet Vpb 1969, de Wet IB 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964. Het bevat evenmin aanpassingen van de overdrachtsbelasting. Degelijke wijzigingen, en dan met name van artikel 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer, zijn echter wel voorzien in het wetsvoorstel Belastingplan 2011. Op basis van één van die voorgestelde wijzigingen wordt ook de verkrijging van rechten uit bestaande aandelen (in zogenoemde onroerendezaaklichamen) expliciet onder de heffing van overdrachtsbelasting gebracht. Volgens de memorie van toelichting bij genoemd wetsvoorstel vormt de flexibilisering van het bv-recht mede aanleiding tot deze wijziging (Kamerstukken II 2010–11, 32 504, nr. 3, p. 7).

Omdat het bij het wetsvoorstel bv-recht evenwel om een omvangrijke herziening van het bv-recht gaat, zal de doorwerking hiervan naar de fiscale regels, mede aan de hand van de inbreng van belangenorganisaties en van de literatuur, ook de komende tijd verder worden gevolgd. Tot op dit moment zijn geen lacunes in de fiscale wetgeving onderkend die aan het realiseren van de voordelen van het wetsvoorstel bv-recht in de weg zouden staan. Mochten dergelijke lacunes zich toch voor blijken te doen, dan zal hiervoor op passende wijze een oplossing worden gezocht die past binnen de fiscale begeleiding van het wetsvoorstel bv-recht. De leden van de VVD-fractie vragen of de verplichte inschrijving van het geplaatste en gestorte kapitaal gehandhaafd moet blijven, nu deze geen betekenis meer heeft door de fundamenteel andere benadering in het wetsvoorstel van de bescherming van het vermogen van een besloten vennootschap tegen onzorgvuldige (dividend-)uitkeringen aan aandeelhouders.

De verwijzing naar de inschrijving van het maatschappelijke kapitaal en het bedrag van het geplaatste kapitaal en van het gestorte deel daarvan in het handelsregister zal inderdaad in artikel 22, eerste lid, onder c, van het Handelsregisterbesluit geschrapt worden. Dit zal gebeuren bij de algemene maatregel van bestuur die de besluiten zal aanpassen aan het wetsvoorstel bv-recht.

De leden van de PvdA-fractie vragen in hoeverre met de flexibilisering van het bv-recht en de ten gevolge daarvan grotere ruimte voor het maken van eigen afspraken over de inrichting van de vennootschap, ook de mogelijkheden om een zo gunstig mogelijke fiscale regeling te zoeken, worden vergroot.

Deze leden kan worden geantwoord dat deze grotere ruimte voor het maken van eigen afspraken over de inrichting van de vennootschap uiteraard ook is betrokken bij de beoordeling van de doorwerking van de



in het wetsvoorstel bv-recht aangebrachte wijzigingen naar de relevante fiscale bepalingen. In dit kader is bezien of bij de toepassing van de relevante fiscale bepalingen op adequate wijze rekening kan worden gehouden met de (toegenomen) mogelijkheden die de flexibilisering van het bv-recht biedt. Zie verder het eerste antwoord in deze paragraaf over de fiscale aspecten.

De leden van de CDA-fractie merken op dat lagere regelgeving voor de fiscale aspecten erg relevant is. Zij vragen naar de termijn die de wetgever in gedachten heeft voor het bezien hiervan.

De inzet is om de aanpassingen van de diverse besluiten die voortvloeien uit het wetsvoorstel bv-recht, zowel voor de fiscale als voor de andere regelgeving, tegelijkertijd op te nemen in een verzamelbesluit. De uitwerking hiervan zal zo snel mogelijk ter hand genomen worden zodat het wetsvoorstel bv-recht, het onderhavige wetsvoorstel voor de invoeringswet en de bijbehorende amvb tegelijkertijd in werking kunnen treden en er zo weinig mogelijk vertraging optreedt. Inzet is om daarbij ook de aangekondigde aanpassing van het Besluit fiscale eenheid 2003, waar de leden van de CDA-fractie specifiek naar vragen, mee te nemen. De Staatssecretaris van Financiën zal verder zorg dragen voor de eventueel benodigde aanpassingen van de fiscale ministeriële regelingen. De leden van de CDA-fractie en van de SP-fractie vragen naar het begrip verbonden lichaam van artikel 10a, vierde lid, van de Wet Vpb 1969. Ook de vragen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (de Orde) in haar brief van 17 september 2010 over dit onderwerp zullen in dit kader worden meegenomen.

De leden van de CDA-fractie en de Orde wijzen erop dat in de memorie van toelichting is aangegeven dat er vooralsnog van uit wordt gegaan dat het begrip «belang» in deze omschrijving van het begrip verbonden lichaam voldoende ruimte biedt om bij de invulling ervan op passende wijze rekening te houden met de toegenomen vrijheid in de inrichting van besloten vennootschappen als gevolg van de flexibilisering. De leden van de CDA-fractie vragen of de regering verwacht dat dit in de toekomst anders zal zijn.

De leden van de SP-fractie en de Orde verwijzen verder naar de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 2010 (LJN BI8506, Hoge Raad, 08/4451). De advocaat-generaal concludeert, aldus de leden van de SP-fractie, dat volgens de wetgever zeggenschap samengaat met financieel belang in het kader van het begrip verbonden lichaam. Het nieuwe bv-recht kent bijvoorbeeld stemrechtloze en winstloze aandelen. De aan het woord zijnde leden vragen in hoeverre zulke soorten aandelen moeten worden meegeteld om te bepalen of er een sprake is van een verbonden lichaam voor de vennootschapsbelasting.

De Orde merkt op dat de Advocaat-Generaal in zijn conclusie een aantal punten van onduidelijkheid signaleert omtrent het verbondenheidsbegrip. Hiervan wordt er, aldus de Orde, één vergroot na de inwerkingtreding van de flexibilisering van het bv-recht. Het betreft de vraag of – en zo ja, in hoeverre – zeggenschap los van het financiële belang relevant is. In dit kader vraagt de Orde of kan worden aangegeven op welke wijze aandelen waaraan verschillende zeggenschaps- en vermogens- of winstrechten zijn verbonden, dienen te worden meegeteld bij de beoordeling of is voldaan aan het criterium «voor ten minste een derde gedeelte belang hebben». In het bijzonder vraagt de Orde om te bevestigen dat het totaal van de «belangen» in een lichaam niet groter kan zijn dan 100%.

Het verbondenheidsbegrip van artikel 10a van de Wet Vpb 1969 ziet, kort gezegd, op een «belang» van éénderde of meer in een ander lichaam. Bij de beoordeling of een lichaam een kwalificerend belang heeft in een ander lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid, van de Wet Vpb 1969 zijn zowel de zeggenschap in of over laatstgenoemde lichaam als het

financiële belang daarin relevant. Bij het begrip belang gaat het om een materieel criterium waarvan de invulling afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Bij de aanwezigheid van aandelen waaraan verschillende zeggenschaps- en vermogens- of winstrechten zijn verbonden, zal een kwantificering moeten plaatsvinden van de relatieve zeggenschap en de relatieve financiële belangen in het lichaam, waarbij als uitgangspunt kan worden gehanteerd dat niet meer dan drie (rechts) personen een kwalificerend belang in hetzelfde lichaam kunnen houden.<sup>1</sup> Net als bij andere open normen vindt de exacte invulling hiervan uiteindelijk plaats door de praktijk en jurisprudentie.

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens wat de regering bedoelt met de stelling «In dit kader zou ook kunnen worden gekeken naar de ratio van de achterliggende regeling waarvoor het verbondenheids criterium in die situatie van belang is».

De fiscale wetgeving kent een groot aantal wetsartikelen die aansluiten bij de verbondenheid tussen lichamen of tussen natuurlijke personen en lichamen. Het doel van deze artikelen en de daarin gebruikte omschrijving van de vereiste verbondenheid, kunnen verschillen. Elke bepaling dient op zijn eigen merites te worden beoordeeld. In dit kader dient de door de leden van de CDA-fractie aangehaalde opmerking uit de memorie van toelichting te worden gezien.

Voor de vraag van de leden van de CDA-fractie of zij goed hebben begrepen dat het wetsvoorstel niet leidt tot aanpassing van de Wet IB 2001, de Wet op de Loonbelasting 1964 en de overdrachtsbelasting, verwijs ik naar mijn antwoord op de eerste vraag in deze paragraaf over de fiscale aspecten.

Op de vraag van de leden van de SP-fractie over het begrip verbonden lichaam in artikel 10a van de Wet Vpb 1969 ben ik hiervoor al ingegaan. De leden van de SP-fractie vragen verder naar de zogenoemde soortbenadering van de aanmerkelijkbelangregeling (box 2) van de Wet IB 2001. Ook de Orde gaat hier in haar brief van 17 september 2010 uitgebreid op in. De leden van de SP-fractie vragen of aandelen waaraan door de statuten bepaalde verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard zijn verbonden of waarbij bepaalde eisen aan het aandeelhouderschap van die aandelen zijn verbonden op basis van het nieuwe artikel 192 BW, kwalificeren als aandelen van een aparte soort in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling. De Orde merkt op dat de vraag of aandelen met verschillende stemrechten een afzonderlijke soort vormen, thans onderwerp is van een bij de Hoge Raad ahangige procedure.<sup>2</sup>

De soortbenadering in de aanmerkelijkbelangregeling ziet op de situatie waarin een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft. Ingevolge deze benadering heeft de belastingplichtige (natuurlijk persoon) ook een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van *een soort aandelen* aandeelhouder is. Aandelen behoren tot een aparte soort indien de aandelen op enigerlei wijze van elkaar verschillen en daardoor niet dooreen leverbaar zijn. Een uitzondering op deze hoofdregel geldt voor de in artikel 4.7, tweede lid, van de Wet IB 2001 omschreven aandelen die zich uitsluitend van andere aandelen onderscheiden doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden, dan wel doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt. Deze aandelen worden niet als afzonderlijke soort aangemerkt. De soortbenadering is nodig om misbruik door manipulatie van het aandelenbezit tegen te gaan (Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 43).

In de door de Orde genoemde lopende procedure voor de Hoge Raad heeft het Hof Arnhem geoordeeld dat in de voorliggende casus de verschillen in stemrecht, nominale waarde en agioreserve niet leiden tot

<sup>1</sup> Onder omstandigheden wordt evenwel het standpunt ingenomen dat ook bij een groep samenwerkende aandeelhouders – bij elk van die aandeelhouders – sprake kan zijn van een kwalificerend belang.

<sup>2</sup> Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Arnhem, MK III, 1 december 2009, nr. 08/00145, LJN: BK6117.

een aparte soort omdat de aandelen in deze casus identieke rechten bevatten met betrekking tot de winstreserves van de vennootschap. Tegen deze uitspraak heeft de Staatssecretaris van Financiën beroep in cassatie gesteld, onder meer omdat er door verschil in stemrecht vermogensrechtelijke verschillen kunnen bestaan/ontstaan tussen de aandelen, en de opvatting van het hof naar zijn gevoelens gebaseerd is op een onjuiste uitleg van de wetsgeschiedenis. Onlangs heeft de Advocaat-Generaal in deze zaak conclusie genomen.<sup>1</sup> Hij concludeert tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie. Afhankelijk van het oordeel van de Hoge Raad zal de Staatssecretaris van Financiën de gevolgen voor het bestaande beleid en de bestaande wetgeving nader bezien.

Op basis van de vragen van leden van de SP-fractie en de Orde zal vervolgens worden ingegaan op de vraag of sprake is van een uitzondering als bedoeld in het hiervoor aangehaalde artikel 4.7, tweede lid, van de Wet IB 2001 in een aantal situaties.

De eerste situatie betreft die waarbij bestuurders worden benoemd door een vergadering van aandeelhouders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, terwijl die aandelen afgezien van het benoemingsrecht niet verschillen van andere aandelen in de vennootschap. Volgens de huidige wetgeving van artikel 4.7, tweede lid, van de Wet IB 2001 is er in een dergelijke situatie geen sprake van een afzonderlijke soort. Het wordt volgens de nieuwe vennootschapswetgeving mogelijk dat de desbetreffende vergadering van aandeelhouders ook bevoegd is tot opheffing van een door de raad van commissarissen ingestelde schorsing van een eerder door die vergadering benoemde bestuurder. Dit laatste wordt bereikt door in artikel 257 lid 2 te bepalen dat de schorsing te allen tijde kan worden opgeheven door de vergadering die bevoegd is tot benoeming. Omdat dit opheffingsrecht is gekoppeld aan het benoemingsrecht kan worden bevestigd dat voor toepassing van genoemde artikel 4.7, tweede lid, van de Wet IB 2001 sprake is van een met het benoemingsrecht vergelijkbaar recht. Het koppelen van een opheffingsrecht van een schorsing aan aandelen leidt derhalve voor de aanmerkelijkbelangregeling niet tot een afzonderlijke soort aandelen.

De tweede situatie betreft de mogelijkheid om naast de (niet langer verplichte) regeling van artikel 195 inzake beperking van de overdracht van de aandelen, in de statuten te bepalen dat een aandeelhouder in bepaalde gevallen verplicht is om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen (artikel 192 lid 1 sub c). In de parlementaire stukken zijn daarbij als voorbeelden genoemd: een verplichting tot aanbidding en overdracht bij het niet langer voldoen aan statutaire vereisten voor aandeelhouderschap (bijvoorbeeld een bepaalde beroepskwalificatie), het faillissement of de surseance van de aandeelhouder en het overlijden van de aandeelhouder. Een dergelijke statutaire regeling dient, evenals de wettelijke regeling voor beperking van de overdracht van de aandelen zoals opgenomen in artikel 195, zodanig te zijn dat de aandeelhouder die dit verlangt een prijs ontvangt gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De statuten kunnen echter ook voorzien in een afwijkende prijsbepalingsregeling.

Een dergelijke aanbiddingsplicht hoeft er op zich nog niet toe te leiden te leiden dat sprake is van een afzonderlijke soort. Dit geldt ook voor de huidige wettelijke regeling voor beperking van de overdracht van de aandelen zoals opgenomen in artikel 195. Gaat een aanbiddingsplicht evenwel gepaard met een regeling die leidt tot een overdrachtprijs die afwijkt van de overdrachtprijs van aandelen zonder een dergelijke aanbiddingsplicht, dan is wel sprake van een afzonderlijke soort. Indien de overeengekomen prijsbepalingsregeling niet leidt tot een overdrachtprijs die gelijk is aan de overdrachtprijs van aandelen zonder aanbiddingsplicht of beperking van de overdracht van de aandelen is immers sprake van vermogensrechtelijke verschuiving tussen de aandeelhouders.

---

<sup>1</sup> Zie de conclusie van A-G Van Ballegooijen van 17 augustus 2010, nr. CPG 10/00158, LJN: BN7252.

Voorts schetst de Orde in dit kader het volgende voorbeeld. Het geplaatste aandelenkapitaal van bv X bestaat uit aandelen A, B en C. Alle aandelen hebben dezelfde nominale waarde, stemrechten, winstrechten en aanspraken op het liquidatiesaldo. Ingevolge het voorgestelde artikel 192 lid 1 sub a, verbinden de statuten van bv X aan het aandeelhouderschap van de aandelen A de aansprakelijkheid voor een bepaalde bankschuld. Ingevolge het voorgestelde artikel 192 lid 1 sub b, staat op grond van de statuten van bv X het aandeelhouderschap van de aandelen B slechts open voor personen met een bepaalde vakopleiding. Aan het aandeelhouderschap van de aandelen C zijn geen verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard of eisen verbonden.

In dit voorbeeld vormen de aandelen A, B en C voor de aanmerkelijkbelangregeling drie afzonderlijke soorten aandelen. De aandelen A, B en C verschillen op andere aspecten dan de uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 4.7, tweede lid, van de Wet IB 2001. Ook de waarde in het economische verkeer van de aandelen kan zeer verschillend zijn. Het is bijvoorbeeld de vraag wat met betrekking tot de aandelen A het waardedrukkend effect van de aansprakelijkheid voor de bankschuld zal zijn, en met betrekking tot de aandelen B wat het waardedrukkend effect zal zijn als gevolg van de mogelijk beperkte verhandelbaarheid in verband met de gestelde eis van een bepaalde vakopleiding aan het aandeelhouderschap van die aandelen.

Ten slotte vragen de leden van de SP-fractie of de wettelijke rente die moet worden betaald in het kader van artikel 216 onder enige aftrekbeperking in de vennootschapsbelasting valt of dat een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder of bestuurder deze rente gewoon kan aftrekken. Zo ja, dan vragen de aan het woord zijnde leden of de regering dit wenselijk vindt. De Orde vraagt in haar brief van 17 september 2010 in gelijke zin of de verschuldigde wettelijke rente in verband met de terugbetaling van een ontvangen «onverantwoorde» winstuitkering in aftrek kan worden beperkt door artikel 10a van de Wet Vpb 1969. Ter illustratie geeft de Orde een voorbeeld waarin een bv X alle aandelen houdt in bv Z. Z keert in jaar 1 een dividend uit van 100 aan bv X. In jaar 4 betaalt X een vergoeding ter grootte van het dividend op de voet van artikel 216, derde lid, terug aan bv Z vermeerderd met wettelijke rente. In het door de Orde gegeven voorbeeld is bv X de belastingplichtige die de rente betaalt. De terugbetaling van het dividend en de verschuldigdheid van wettelijke rente berust op een wettelijke verplichting. In hoeverre de betaalde rente op basis van artikel 10a in aftrek wordt beperkt, zal mede afhangen van de omstandigheden van het geval. Slechts in situaties waarin op gekunstelde wijze via een «onverantwoorde» winstuitkering wordt geprobeerd een renteaftrek te creëren, zal deze aftrek met toepassing van artikel 10a of met *fraus legis* worden bestreden.

Aan de Orde kan worden bevestigd dat de wettelijke rente niet in aftrek kan worden beperkt door de onderkapitalisatieregeling van artikel 10d van de Wet Vpb 1969 omdat geen sprake is van een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst.

#### *1.6. Administratieve lasten*

De leden van de PvdA-fractie lezen op pagina 13 van de memorie van toelichting dat het onderhavige wetsvoorstel niet tot een vermindering van administratieve lasten zal leiden maar in de praktijk wel leidt tot minder regeldruk. Deze leden vragen nadere uitleg hoe een verminderde regeldruk niet tot minder administratieve lasten kan leiden.

Regeldruk is de verzamelterm voor een aantal lasten, waarvan administratieve lasten er één is. Regeldruk is al hetgeen dat wordt veroorzaakt door wet- en regelgeving, waar een ondernemer in zijn dagelijkse bedrijfsvoering mee te maken heeft. Daarbij staat de beleving van de ondernemer

centraal. Bij administratieve lasten gaat het om de concrete kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen die voortvloeien uit wet- en regelgeving van de overheid. Verder zijn er nalevingskosten (de kosten die bedrijven moeten maken om te voldoen aan nieuwe of gewijzigde regels) en toezichtskosten. Het wetsvoorstel verandert weinig aan de informatieverplichtingen die een bv jegens de overheid heeft. Wel is de mogelijkheid in dit wetsvoorstel opgenomen om een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid rechtstreeks om te zetten in een nv (in plaats van via een tussenstap via een omzetting van de ovr in een bv en vervolgens van de bv in een nv) en worden diverse overgangsmaatregelen getroffen waardoor er zo min mogelijk statutenwijzigingen nodig zijn bij de invoering van het nieuwe bv-recht. Op dat punt verminderen de nalevingskosten aanzienlijk. Het onderhavige wetsvoorstel vermindert de regeldruk doordat er veel minder formaliteiten worden voorgeschreven en de ondernemer meer vrijheid heeft bij het inrichten van de bv.

## **II. Artikelen**

### *Artikel 2:129 BW*

De leden van de SP-fractie hebben verschillende vragen over de schrapping van artikel 129 lid 7 dat door een amendement van de leden Tang en Irrgang onderdeel is geworden van het wetsvoorstel bv-recht. Zij vragen waarom de schrapping van artikel 129 lid 7 is toegevoegd aan dit wetsvoorstel na ontvangst van het advies van de Raad van State. Ook vragen zij waarom de schrapping niet is voorgelegd aan de Raad van State. Deze leden vragen voorts waarom de schrapping van artikel 129 lid 7 en de vervangende regeling (dat wil zeggen artikel 135 lid 7 in het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen niet zijn opgenomen in hetzelfde wetsvoorstel. Afsluitend vragen de leden van de SP-fractie om een overzicht van door de Tweede Kamer aangenomen amendementen die door de regering later, zonder overleg met de indiener(s), zijn geschrapt in de afgelopen tien jaar.

Het onderhavige wetsvoorstel is op 12 november 2009 voorgelegd aan de Raad van State. De Raad van State heeft op 16 december 2009 advies uitgebracht. Het amendement van de leden Tang en Irrgang is op 14 december 2009 ingediend bij het wetsvoorstel bv-recht, nadat over de inhoud van het amendement was gesproken in het wetgevingsoverleg van 2 december 2009 en bij brief van 7 december 2009 was ingegaan op de bezwaren tegen het amendement. Het amendement is in het wetgevingsoverleg en de brief met klem ontraden.

Zo de Eerste Kamer het wetsvoorstel bv-recht zou aanvaarden, zou artikel 129 lid 7 tot wet worden verheven, hoewel mijn ambtsvoorganger meende dat hij de voorgestelde regeling niet voor zijn rekening kon nemen, gezien onder meer de gevreesde strijd met het Eerste Protocol bij het EVRM. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen (wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen, Kamerstukken II 2009/10, 32 512, nr. 1–3) heeft mijn ambtsvoorganger aangegeven dat de regeling in artikel 129 lid 7 aanleiding geeft tot belangrijke juridische en praktische bezwaren. De Commissie vennootschapsrecht heeft een regeling op de voet van artikel 129 lid 7 ontraden. De Commissie stelt dat ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat het Europees Hof voor de rechten van de mens de voorgestelde regeling strijdig acht met artikel 1 van het Eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Artikel 1 bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het



ongestoorde genot van zijn eigendom. Wel kan de Staat wettelijke maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht om het gebruik te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren. De in artikel 129 lid 7 opgenomen betalingsplicht van bestuurders jegens de vennootschap en het ontbreken van het recht op een marktprijs voor de aandelen van de bestuurders, leiden voor bestuurders tot een belangrijke aantasting van de waarde van hun aandelen terwijl het algemene belang niet met de regeling wordt gediend. Dat hangt samen met de omstandigheid dat de waardevermindering van de aandelen niet wordt betaald aan de Staat, maar ten goede komt aan de vennootschap en daarmee indirect aan de andere aandeelhouders, waaronder de bieder indien deze reeds aandeelhouder is. Daarnaast wijst de Commissie vennootschapsrecht op mogelijke andere negatieve effecten van artikel 129 lid 7. Voor een volledig overzicht van de bezwaren van de Commissie verwijs ik naar de memorie van toelichting bij wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen. Mijn ambtsvoorganger moest ook rekening houden met de mogelijkheid dat de Eerste Kamer zou weigeren het wetsvoorstel bv-recht te aanvaarden, vanwege dezelfde bezwaren als hiervoor genoemd. Op grond van het voorgaande heeft mijn ambtsvoorganger onderzocht of de bezwaren tegen artikel 129 lid 7 kunnen worden weggenomen onder handhaving van de kernpunten van die regeling. Daarbij is ook het advies van de Commissie vennootschapsrecht ingewonnen. Het bleek niet mogelijk een houdbare regeling te formuleren zonder af te wijken van verschillende elementen van artikel 129 lid 7. De betalingsplicht van bestuurders jegens de vennootschap en het ontbreken van het recht op een marktprijs voor de aandelen van de bestuurders leidt telkens tot een regeling die in strijd blijft met het eerdergenoemde Eerste Protocol bij het EVRM. Daarom is gezocht naar een alternatieve regeling die – zoals de regeling van artikel 129 lid 7 BW – de prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming van bestuurders wegens een groot financieel belang in geval van overnames ondervangt, maar niet leidt tot de eerdergenoemde bezwaren. Het resultaat is neergelegd in het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen (artikel 135 lid 7). Teneinde te voorkomen dat artikel 129 lid 7 BW kracht van wet krijgt, ligt de aanpassing van het wetsvoorstel bv-recht via het onderhavige wetsvoorstel het meest voor de hand, omdat deze wetten gelijktijdig in werking zullen treden. De schrapping van artikel 129 lid 7 BW had ook kunnen plaatsvinden via wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen, maar in dat geval bestaat het risico dat het wetsvoorstel bv-recht eerder in werking treedt dan het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen en het artikel dus toch (tijdelijk) wet zou worden. Dat laatste is ongewenst.

De schrapping van artikel 129 lid 7 BW heeft tot gevolg dat het bestaande recht wordt gehandhaafd. Voor handhaving van het bestaande recht is geen advisering door de Raad van State nodig. Voor de schrapping is meegewogen dat er onder meer naar het oordeel van de Commissie vennootschapsrecht zwaarwegende juridische bezwaren tegen het artikel bestaan (de schending van het Eerste Protocol bij het EVRM), naast verschillende praktische bezwaren. Die bezwaren zijn in het eerdergenoemde wetgevingsoverleg van 2 december 2009 en bij brief van 7 december 2009 ook naar voren gebracht. Bij mijn weten is er geen overzicht beschikbaar van amendementen die in de loop van de tijd door het kabinet ongedaan zijn gemaakt. Ik ga ervan uit dat daarvoor slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aanleiding bestaat, zoals in het onderhavige geval, teneinde te bewerkstelligen dat de Nederlandse wetgeving in overeenstemming blijft met de internationale rechtsorde. Hoewel de gang van zaken als uitzonderlijk kan worden aangemerkt en de leden van uw Kamer kan hebben verrast, wil ik benadrukken dat op geen enkel moment een verrassing is beoogd. Ik hecht eraan te benadrukken dat ik, evenals mijn ambtsvoorganger, hetzelfde doel nastreef als de indieners van het



amendement, om de prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming van bestuurders wegens een groot financieel belang in geval van overnames zoveel mogelijk weg te nemen. Ik vertrouw erop dat de mogelijke verwarring over de gekozen techniek en de communicatie daaromtrent is weggenomen met de beantwoording van de vragen van de leden van de SP-fractie.

*Artikel 2:129 lid 7 BW*

De leden van de VVD-fractie refereren aan het standpunt van VNO-NCW/MKB Nederland van 20 september 2010 terzake artikel 129 lid 7 BW. Dat standpunt komt erop neer dat het desbetreffende artikel onder meer strijdig is met artikel 1 van het Eerste protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM). Daarnaast zijn nog verschillende andere argumenten tegen de handhaving van de bedoelde regeling opgesomd. De leden van de VVD-fractie vragen naar aanleiding daarvan of het wenselijk is dat de discussie over artikel 129 lid 7 BW wordt betrokken bij het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen (Kamerstukken II, 32 512) omdat het onderwerp daarin beter past. Ook zou daardoor een integrale afweging van deze maatregelen kunnen plaatsvinden. Deze leden menen dat artikel 129 lid 7 BW in dat geval voorlopig kan vervallen.

In de vorige paragraaf over artikel 2:129 BW heb ik gerefereerd aan de verschillende bezwaren tegen artikel 129 lid 7 naar aanleiding van vragen van de leden van de SP-fractie. Daar heb ik ook geschetst dat mijn ambtsvoorganger naar een alternatieve regeling heeft gezocht ter vervanging van het amendement. Die is neergelegd in het door de leden van de VVD-fractie aangehaalde wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen (artikel 135 lid 7). Ik bespreek graag met uw Kamer de merites van het voorgestelde artikel 129 lid 7 BW en het alternatief dat in artikel 135 lid 7 is neergelegd. Inderdaad is de behandeling van genoemd wetsvoorstel daarvoor het meest geëigend. Dat wetsvoorstel is immers gericht op het voorkomen van de uitbetaling van onterechte bonussen dan wel de terugvordering daarvan. Toch is voorgesteld artikel 129 lid 7 te doen vervallen via de onderhavige invoeringswet, omdat daarmee het beste kan worden voorkomen dat het artikel in de tussentijd kracht van wet krijgt. Nu het artikel onderdeel is geworden van het wetsvoorstel bv-recht dat voorhangt bij de Eerste Kamer, bestaat het risico dat de wetsvoorstellen bv-recht op een ander moment tot wet worden verheven dan het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen. Indien de schrapping van artikel 129 lid 7 BW wordt neergelegd in het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering bonussen, kan het gevolg optreden dat het artikel in werking treedt, in elk geval totdat de Eerste Kamer heeft beslist over dat wetsvoorstel. Omdat de Vaststellingswet en de Invoeringswet bv-recht gelijktijdig in werking treden, kan de inwerkingtreding van artikel 129 lid 7 BW eenvoudig worden voorkomen door de schrapping op te nemen in deze invoeringswet.

*Artikel 2:180 lid 1 BW*

De leden van de VVD-fractie vragen of ik bereid ben het voorstel van VNO-NCW/MKB Nederland over te nemen om aan artikel 180 lid 1 een volzin toe te voegen die regelt dat de minimumeisen van de oprichtingsakte zijn vastgelegd.

De wettelijk verplichte inhoud van de statuten is beperkt tot de naam, de zetel, het doel, het aandelenkapitaal en een regeling voor belet van bestuurders en, zo die er zijn, van commissarissen. Een aanvulling van artikel 180 lid 1 in de door de leden bedoelde zin is overbodig. Bij de voorlichting die over de nieuwe regels gegeven zal worden, zal aandacht

besteed worden aan deze beperkte eisen die aan de statuten gesteld worden.

*Artikel 2:181 lid 2 BW*

De leden van de VVD-fractie vragen nader in te gaan op een artikel in het tijdschrift *Ondernemingsrecht*<sup>1</sup> waarin wordt aangekaart dat ook de aandeelhouders zonder stemrecht schadeloosstelling zouden moeten kunnen vragen voor het verlies van hun aandelen en niet alleen de aandeelhouders met stemrecht die hebben tegengestemd. Volgens de toelichting bij artikel 181 lid 2 zou onder de «aandeelhouder die niet met het besluit heeft ingestemd» ook een houder van stemrechtloze aandelen worden gerekend, terwijl uit artikel 7:835 en de toelichting daarbij volgt dat het niet instemmen slechts ziet op stemgerechtigden. De leden vragen waarom van dit verschil in Boek 2 en Boek 7 wordt uitgegaan. Zij verzoeken de regering hier nader op in te gaan en dit uit te leggen. Uit deze vraag en de hierna volgende vragen van de leden van de VVD-fractie, uit de bijdragen in de literatuur<sup>2</sup> en uit de overige reacties op het wetsvoorstel is gebleken dat er onduidelijkheid is ontstaan over de positie en betrokkenheid van houders van stem- of winstrechtloze aandelen bij omzetting, fusie en splitsing en bij de besluitvorming daarover. Ik maak daarom graag van de gelegenheid gebruik om daarbij op deze plaats wat uitgebreider stil te staan. Tevens is bij nota van wijziging hun positie nader uitgewerkt. Het uitgangspunt uit het wetsvoorstel dat houders van stem- of winstrechtloze aandelen de rechts-persoon met schadeloosstelling moeten kunnen verlaten, blijft gehandhaafd. Wel wordt meer nadruk gelegd op de daaraan voorafgaande onderhandelingen, die er ook toe kunnen leiden dat die aandeelhouders na de omzetting, fusie of splitsing «gewone» aandeelhouder of lid worden. Ik zal een en ander hieronder toelichten. Eerst zal de wetsgeschiedenis met betrekking tot de invoering van winst- of stemrechtloze aandelen worden uiteengezet. Daarna zullen de artikelen die betrekking hebben op de positie van deze aandeelhouders bij omzetting, fusie en splitsing nader worden toegelicht.

De invoering van stemrechtloze aandelen is voorgesteld om te voorzien in een behoefte die vooral zal bestaan in het kader van werknemersparticipatie, bij externe kredietverschaffers (zoals banken) en bij familieopvolging in familievennootschappen, of wanneer men een kapitaalinjectie (door middel van het uitgeven van aandelen) wenselijk acht zonder de stemverhouding te willen wijzigen. Het gaat deze aandeelhouders uitsluitend om de financiële aspecten van het aandeelhouderschap. Bij de invoering van winstrechtloze aandelen is bijvoorbeeld gedacht aan de oprichter van een familievennootschap die als aandeelhouder wil meebeslissen over de gang van zaken in de vennootschap, maar de winst geheel aan zijn kinderen wil doen toekomen. Met het oog op deze «doelgroepen» ligt het niet voor de hand om bij omzetting, fusie en splitsing, waarbij in de nieuwe situatie geen stem- of winstrechtloze aandelen mogelijk zijn, als uitgangspunt te nemen dat deze aandelen worden uitgebreid met respectievelijk stemrechten en winstrechten. Ook ligt het niet voor de hand om de houders van stemrechtloze aandelen juist bij belangrijke besluiten als die over omzetting, fusie en splitsing wel stemrecht te geven of hen via een vergadering van aandelen van een bepaalde soort alsnog om goedkeuring van een dergelijk besluit te moeten vragen.

Daarom was in de nota van wijziging bij het wetsvoorstel bv-recht de oorspronkelijke regeling die in artikel 228 lid 5 was opgenomen, geschrapt (Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7, onderdeel dd). Volgens deze regeling kon een besluit tot wijziging van de statuten – waaronder een besluit tot omzetting, fusie of splitsing – waarmee nadeel wordt toegebracht aan de rechten van houders van stemrechtloze aandelen, niet

<sup>1</sup> P.J. Dortmund, *Rechten van stemrechtloze aandelen in de invoeringswet flexibilisering BV-recht*, *Ondernemingsrecht* 2010–13, p. 521–525.

<sup>2</sup> Zie P.J. Dortmund, *Omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV, en andersom*, in: *Ondernemingsrecht* 2010–8, p. 354–356.

zonder hun instemming worden genomen. Deze bescherming ging te ver, omdat andere aandeelhouders, aan wier rechten evenzeer afbreuk kon worden gedaan, minder bescherming genoten; minderheidsaandeelhouders moeten ermee rekening houden dat zij worden overstemd in de algemene vergadering.

Bij amendement is deze bescherming van houders van stemrechtloze aandelen deels weer aangevuld, maar de indiener erkende in de toelichting dat de voorgestelde bescherming van artikel 228 lid 5 inderdaad te ver ging (Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 16). Ik begrijp het amendement aldus dat het de indiener erom ging deze aandeelhouders voldoende bescherming te bieden tegen besluiten tot statutenwijziging waarbij bijvoorbeeld afbreuk wordt gedaan aan de hen toegekende zeggenschapsrechten (zoals voordrachtsrechten, benoemingsrechten of goedkeuringsrechten). Het amendement voegt aan artikel 231 een vierde lid toe dat in hoofdlijnen luidt dat een besluit tot statutenwijziging dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, een «goedkeurend besluit» behoeft van deze groep van aandeelhouders. Volgens de toelichting op het amendement gaat het om gevallen waarin bij statuten specifieke rechten zijn gekoppeld aan aandelen zonder stemrecht en deze rechten worden gewijzigd, of om gevallen waarin rechten die aan alle aandelen zijn gekoppeld, alleen gewijzigd worden voor houders van stemrechtloze aandelen. Onbedoeld heeft dit amendement echter dezelfde verstrekkende bescherming als artikel 228 lid 5 bood. Zo zal bij de omzetting van een bv in een rechtsvorm die geen stemrechtloze aandelen kent, altijd een besluit tot statutenwijziging plaatsvinden dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van de houder van stemrechtloze aandelen, vooral als het bijvoorbeeld niet de bedoeling is dat de houders van de stemrechtloze aandelen in de nieuwe rechtspersoon wel stemrecht krijgen of vennoot worden in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Gezien de hiervoor genoemde «doelgroepen» die bij de invoering van stemrechtloze aandelen voor ogen hebben gestaan, ligt het niet voor de hand houders van stemrechtloze aandelen wel stemrecht te geven bij besluiten die dermate ingrijpend kunnen zijn als de omzetting van de bv. Het is juist niet de bedoeling van het wetsvoorstel bv-recht om de houders van stemrechtloze aandelen in bijzondere gevallen stemrecht te geven (zie Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 12). De vennootschap hoeft er geen rekening mee te houden dat er voor een omzetting een goedkeurend besluit van een groep houders (of zelfs één houder) van stemrechtloze aandelen nodig is. Dat zou hen, zoals hiervoor is aangegeven, onevenredig veel zeggenschap geven en dat past niet bij de aard van hun aandeelhouderschap. Het zou ook de verhoudingen tussen de aandeelhouders ingrijpend wijzigen.

In de nota van wijziging wordt daarom in de artikelen 181 lid 6 en 7:835 lid 5 over omzetting voorgesteld dat artikel 231 lid 4 niet van toepassing is ten aanzien van houders van winst- of stemrechtloze aandelen bij een statutenwijziging in het kader van een omzetting van een bv in een andere rechtsvorm.

Dezelfde problematiek doet zich voor bij fusie en splitsing. Ook daar bestaat een bepaling die een goedkeurend besluit vraagt van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort aan wier rechten de fusie of splitsing afbreuk doet (artikelen 330 lid 2 en 334ee lid 2). Ook deze zal bij fusie en splitsing buiten toepassing verklaard worden ten aanzien van houders van winst- of stemrechtloze aandelen (artikelen 330a lid 3 en 334ee1 lid 3).

Wat betreft de positie van de houders van winst- of stemrechtloze aandelen bij omzetting, fusie en splitsing kan het volgende opgemerkt worden. Bij de omzetting van een bv in andere rechtsvorm en bij de fusie en splitsing van een bv met of in een andere rechtsvormen die geen winst- of stemrechtloze aandelen kennen, is het de vraag wat er met de

houders van genoemde aandelen moet gebeuren. Ik wil de omgezette of verkrijgende rechtspersoon niet verplichten deze aandeelhouders een andere positie te geven dan zij in de oude situatie hadden. In de nieuwe constellatie van de omgezette, gefuseerde of gesplitste rechtspersoon, die er een geheel andere strategie op na kan houden dan de oude rechtspersoon, kan op goede gronden geen plaats meer zijn voor de houders van winst- of stemrechtloze aandelen. Het toekennen van stemrechten kan de verhouding tussen de aandeelhouders in de rechtspersoon bovendien sterk veranderen en de toekenning van winstrecht kan het winstrecht van de overige aandeelhouders verwateren. En ook de houder van winst- of stemrechtloze aandelen wil wellicht niet gedwongen worden aandeelhouder of lid te worden in de omgezette, gefuseerde of (af)gesplitste rechtspersoon.

De mogelijke oplossingen, zoals het laten aankomen op procedures als de geschillenregeling van artikel 335 e.v. om de uittreding van de houders van stem- of winstrechtloze aandelen te bewerkstelligen of het laten aankomen op stemming tegen de omzetting, fusie of splitsing door de andere aandeelhouders of vennoten die het niet eens zijn met de positie van de houders van deze aandelen in de nieuwe situatie, zijn te rigoreuze maatregelen. Ik kies voor een eenvoudiger alternatief. De regeling die wordt voorgesteld in de nota van wijziging, komt in grote lijnen op het volgende neer. Uitgangspunt is dat de betrokkenen proberen in onderling overleg tot een vergelijk te komen. Dat kan betekenen dat de houders van de stem- of winstrechtloze aandelen, aandeelhouders met winst- en stemrechten worden in de nieuwe situatie of dat zij samen tot de conclusie komen dat zij in de nieuwe situatie niet met elkaar verder gaan en dat zij met een in onderling overleg bepaalde schadeloosstelling de vennootschap verlaten. Slagen zij er niet in om tot overeenstemming te komen, omdat de aandeelhouders mee willen in de nieuwe constellatie met uitbreiding van hun rechten, maar dat de vennootschap dat niet wil of vice versa, ook dan dienen de houders van stem- of winstrechtloze aandelen de mogelijkheid te hebben om de rechtspersoon met een schadeloosstelling te verlaten. Dit past het beste bij de flexibiliteit die het gemoderniseerde vennootschapsrecht voorstaat. Hieronder zal dit nader worden uitgewerkt voor omzetting, fusie en splitsing.

Bij de omzetting waarbij rechterlijke machtiging is vereist (voor zover hier relevant de omzetting van een bv in een stichting of in een vereniging, artikel 18 lid 4, en de omzetting van een bv in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, artikel 7:835), wordt verduidelijkt dat de rechter de machtiging ook dient te weigeren indien de belangen van houders van stemrechtloze aandelen onvoldoende zijn ontzien en – in geval van artikel 7:835 – ook indien een houder van stemrechtloze aandelen die geen vennoot wil of kan worden, geen schadeloosstelling heeft verkregen voor het verlies van zijn aandelen. Dit sluit aan bij de regeling die al in artikel 7:835 is opgenomen voor aandeelhouders die niet met de omzetting hebben ingestemd en geen vennoot willen worden. Hiertoe worden de artikelen 18 lid 5 en 7:835 lid 3 aangevuld in de nota van wijziging. Het is niet voldoende om deze aandeelhouders te laten vallen onder «anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend», zoals bedoeld in het huidige artikel 18 lid 5. Dat zou betekenen dat zij zich apart tot de rechter zouden moeten wenden. Tevens zal zoals gezegd artikel 231 lid 4 buiten toepassing verklaard worden, zodat de houders van stemrechtloze aandelen niet alsnog in een vergadering van aandelen van een bepaalde soort de statutenwijziging moeten goedkeuren.

Bij de omzetting van een bv in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij is in artikel 181 lid 1 het uitgangspunt dat aandeelhouders van de bv lid worden van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Het is echter de vraag of de houders van stemrechtloze aandelen lid willen worden en of de vereniging hen als leden met stemrecht wenst op te nemen. Daarom wordt voorgesteld deze

categorie van het automatische lidmaatschap van artikel 181 lid 1 uit te sluiten. Partijen zullen op dezelfde wijze als hierboven is omschreven, streven naar een onderlinge regeling, die er ook toe kan leiden dat de houders van stemrechtloze aandelen volwaardig lid worden. Slagen partijen daar niet in, dan geldt evenals als hiervoor voor de stichting is opgemerkt, dat schadeloosstelling volgt. Daartoe wordt in de nota van wijziging in artikel 181 lid 5 bepaald hoe die schadeloosstelling moet worden vastgesteld. Bovendien wordt ook hier artikel 231 lid 4 buiten toepassing verklaard (artikel 181 lid 6).

Bij de omzetting van een bv in een nv is voor eenzelfde uitgangspunt gekozen: ook voor deze omzetting is in artikel 181 lid 4 opgenomen dat indien de vennootschap met een of meer houders van stemrechtloze aandelen niet tot overeenstemming komt over de positie van deze aandeelhouders in de nv, deze houders schadeloosstelling kunnen vragen voor het verlies van hun aandelen. En ook bij deze omzetting geldt dat artikel 231 lid 4 buiten toepassing is verklaard.

De houders van winstrechtloze aandelen kunnen wel lid worden van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Weliswaar kan er bij een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij sprake zijn van winst- of participatiebewijzen, maar die worden niet door een wettelijke regeling doch door de statuten beheerst, zodat men vrij is de uitgifte van die winstbewijzen naar eigen inzicht te regelen. Bovendien kunnen deze houders wel stemmen over de omzetting (ook bij de omzetting van een bv in een nv). Indien zij tegenstemmen vallen zij onder de stemgerechtigden die niet hebben ingestemd met de omzetting als bedoeld in de artikelen 18 lid 5 en 7:835 lid 3. In dat geval kunnen zij schadeloosstelling vragen (artikel 181 leden 2 en 3). Bovendien kan de rechter de omzetting weigeren als hun belangen onvoldoende zijn ontzien (artikel 18 lid 5). De rechter zal daarbij acht kunnen slaan op de regeling die met hen is getroffen of de schadeloosstelling die hun is aangeboden. De vennootschap die wil voorkomen dat houders van winstrechtloze aandelen tegen de omzetting stemmen, kan met deze houders onderhandelen over hun uittreding uit de vennootschap. Indien er een akkoord tot stand komt, behoeven deze aandeelhouders niet tegen te stemmen. Daarom is niet in een bijzondere regeling voorzien. Wel is artikel 231 lid 4 buiten toepassing verklaard, teneinde buiten twijfel te stellen dat zij niet in een afzonderlijke vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort (namelijk winstrechtloos), de statutenwijziging die tot omzetting leidt hoeven goed te keuren (artikel 181 lid 6).

Bij fusie en splitsing waarbij er in de nieuwe situatie geen bv is waarin de houders van stemrechtloze aandelen hun positie kunnen behouden, geldt hetgeen hiervoor is aangegeven. Als onderhandelingen over de positie van deze houders niet tot overeenstemming leiden, kunnen zij met schadeloosstelling de vennootschap verlaten. De vraag is of dit ook geldt als er na de fusie of splitsing nog wel een bv is, waarnaar de houders van stemrechtloze aandelen met behoud van deze aandelen kunnen overstappen. Het lijkt dan voor de hand te liggen – en dit is ook door VNO-NCW en in de literatuur verdedigd (door Dortmund, zie voetnoot 5) – dat deze houders naar die bv overgaan en hun aandelen stem- of winstrechtloos blijven. Weliswaar hebben ze geen gelegenheid gehad te stemmen over die fusie of splitsing en gaan ze dus ongevraagd over naar een andere rechtspersoon, maar bij fusie en splitsing is er voor gewone aandeelhouders die tegen de fusie of splitsing stemmen maar overstemd worden ook geen procedure om met schadeloosstelling de vennootschap te verlaten (zoals wel het geval is bij omzetting, artikel 181 lid 2). Die regeling bestaat alleen bij de grensoverschrijdende fusie (artikel 333h). Wel kunnen de aandeelhouders die na de fusie of splitsing geen aandeelhouders willen blijven hun aandelen (vóór dan wel na de fusie of splitsing) via de gebruikelijke procedure vervreemden, mits er geen blokkeringsregeling aan in de weg staat en er een koper is. Er zijn geen

doorslaggevende redenen om houders van stemrechtloze aandelen van deze algemene regel uit te zonderen. Het is zeer wel mogelijk dat er aandeelhouders zijn die geïnteresseerd zijn in een extra winstrecht. Bij bv's kan ook voor de gewone aandeelhouder gelden dat zijn aandelen minder courant zijn.

Vervolgens is de vraag wat de positie is van houders van winstrechtloze aandelen bij fusie of splitsing. Deze aandeelhouders hebben wel kunnen stemmen over het besluit tot fusie of splitsing. Als er na die fusie of splitsing geen bv meer is, zal er onderhandeld worden over hun positie na de fusie of splitsing. Zij kunnen blijven als hun aandelen worden uitgebreid met winstrecht of zij kunnen de vennootschap verlaten met schadeloosstelling. Is er na de fusie of splitsing nog een bv, dan ligt het voor de hand, om dezelfde redenen als hierboven voor de stemrechtloze aandelen is betoogd, dat deze houders naar die bv gaan en hun aandelen ongewijzigd blijven. Het gevaar dat dergelijke aandeelhouders met hun stem de fusie of splitsing zouden kunnen tegenhouden, acht ik niet groot. Ik verwacht namelijk niet dat er in een bv grote aantallen aandeelhouders zullen zijn die dergelijke aandelen bezitten. Het winstrechtloze aandeel zal bij uitgifte ervan doorgaans vooral aantrekkelijk zijn voor familieleden die niet meer actief bij de vennootschap betrokken willen of kunnen zijn. Artikel 330 lid 2 over de groepsgewijze goedkeuring voor houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bij fusie is al in artikel 330a lid 3 buiten toepassing verklaard voor de houders van aandelen zonder winst- of stemrechten.

Uitgaande van het geval waarin de houder van de stem- of winstrechtloze aandelen de vennootschap zal verlaten, is vervolgens de vraag wat er met die aandelen gebeurt. Ze kunnen niet in de akte van fusie of splitsing door de bv worden ingetrokken of geconverteerd in aandelen met stem- en winstrecht, omdat die akte de fusie of splitsing tot stand brengt en de verdwijnende of splitsende bv op dat moment niet meer bestaat. Indien intrekking of conversie van de aandelen gewenst is, zal dit in een separate akte moeten gebeuren vóór het verlijden van de akte van fusie of splitsing.

Wil de vennootschap de aandelen intrekken (kapitaalvermindering), dan zijn er verschillende mogelijkheden krachtens artikel 208 lid 2. Als alle houders in de vennootschap die stem- of winstrechtloze aandelen hebben, instemmen met de intrekking of als de desbetreffende houder wil meewerken aan de overdracht van de aandelen aan de vennootschap, dan kunnen de aandelen door de vennootschap worden ingetrokken. Intrekking van de aandelen kan ook geschieden zonder medewerking van de houder ervan, mits bij de uitgifte van die aandelen in de statuten is bepaald dat ze kunnen worden ingetrokken met terugbetaling. Ook overigens zal voor die intrekking de procedure van de artikelen 208 en 209 gevolgd moeten worden.

Conversie in aandelen met stem- en winstrecht (waarvoor immers eenvoudiger een ruilverhouding is vast te stellen dan voor aandelen zonder winst- of stemrecht) is alleen mogelijk als de bv die aandelen houdt en de conversie zal moeten plaatsvinden vóór het verlijden van de akte van fusie of splitsing. Voor de conversie is een statutenwijziging en een besluit daartoe van de aandeelhouders nodig.

In de nota van wijziging zal als vangnetbepaling een lid aan de artikelen 330a (fusie) en 334ee1 (splitsing) worden toegevoegd waardoor alle stem- of winstrechtloze aandelen die op het moment dat de fusie van kracht wordt nog in bezit van de houder zijn (omdanks dat hij schadeloosstelling ontvangt) of die nog door de vennootschap worden gehouden, komen te vervallen. Doet de vennootschap dus niets met de aandelen die zij heeft verkregen, dan vervallen die aandelen. En de aandelen zonder winst- of stemrecht vervallen ook als voor de houder van die aandelen schadeloosstelling is vastgesteld op basis van artikel 330a lid 1 of lid 2 of artikel



334ee1 lid 1 of lid 2 en die aandelen op het moment van het verlijden van de akte van fusie of splitsing nog bij hem uitstaan.

Voor de omzetting van een bv in een nv is in de nota van wijziging een gelijke regeling getroffen in artikel 181 lid 8.

De leden van de VVD-fractie begrijpen de voorgestelde regeling zo dat houders van stemrechtloze aandelen geen lid kunnen worden van de door de omzetting gevormde vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Deze leden vragen zich af wat daar de reden voor is. Is het altijd onaantrekkelijk om dit lidmaatschap te verwerven? Stemrechtloze aandelen kunnen immers wel winstgerechtigd zijn?

Uitgangspunt is dat houders van stemrechtloze aandelen na omzetting van een bv wel lid kunnen worden van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, dan wel aandeelhouders kunnen worden van een nv of aan een stichting verbonden kunnen worden, mits er tussen de betrokken partijen overeenstemming bestaat over de omvang van hun rechten in de omgezette rechtspersoon. Maar als die houders dat niet willen of als de om te zetten rechtspersoon en die houders het niet eens worden over de positie in de nieuwe constellatie, dan is de volgende stap dat de rechtspersoon en de betrokken houders tot een schikking proberen te komen. Slagen zij daarin niet, dan kunnen de houders van de stemrechtloze aandelen schadeloosstelling vragen, die door de rechter, eventueel met behulp van onafhankelijke, door de rechtbank aan te wijzen deskundigen kan worden bepaald. In het kader van een zo groot mogelijke flexibiliteit is er voor beide partijen een uitweg gecreëerd, waarbij zowel recht wordt gedaan aan de belangen van de houder van de stemrechtloze aandelen als aan de belangen van de overige aandeelhouders bij continuïteit en omzetting van de rechtspersoon. Ik verwijs verder naar het antwoord op de eerste vraag van de leden van de VVD-fractie aan het begin van deze paragraaf over artikel 181 lid 2.

#### *Artikel 2:181 lid 3 BW*

De leden van de VVD-fractie vragen waarom de voorziene regeling van schadeloosstelling nodig is in artikel 181 lid 3 BW. Zij menen dat een omzetting van een bv in een nv ook gunstig voor aandeelhouders van stemrechtloze- of winstrechtloze aandelen kan zijn.

Zoals hiervoor is aangegeven, voorzien stem- of winstrechtloze aandelen in een behoefte en zijn er goede redenen om voor bepaalde aandeelhouders dergelijke aandelen uit te geven. Wanneer de oprichter van een onderneming deze onderneming aan zijn kinderen overdraagt en zich er niet langer inhoudelijk mee wil bemoeien, maar er nog wel inkomsten uit wil hebben, vormen stemrechtloze aandelen een passende optie. Het is denkbaar dat bij een omzetting, fusie of splitsing van die onderneming noch de oprichter, noch de kinderen er behoefte aan zullen hebben om deze aandelen om te zetten in aandelen met stemrecht. Ik acht het bevorderlijk voor de met het wetsvoorstel bv-recht en het onderhavige wetsvoorstel beoogde flexibiliteit dat een rechtspersoon zich niet belemmerd hoeft te voelen om winst- of stemrechtloze aandelen uit te geven, uit angst voor een toekomstige omzetting, fusie of splitsing, omdat die rechten dan uitgebreid zouden moeten worden met winst- of stemrechten, terwijl dat juist niet de bedoeling was bij de uitgifte ervan. De leden van de VVD-fractie opperen dat de voorgestelde regeling van artikel 181 lid 3 BW ook gebruikt zal kunnen worden om houders van stemrechtloze aandelen door middel van een omzetting hun aandelen te ontnemen. Dat vertaalt zich dan wel in een schadeloosstelling, maar daarvan is uiteindelijk de vraag of die reëel zal zijn. Bovengenoemde leden verwijzen in dit kader ook naar de opmerkingen van VNO-NCW/MKB Nederland op dit punt.

De kans op dergelijk onbedoeld gebruik van omzetting lijkt gering, nu de verschillen tussen de bv en nv door het wetsvoorstel bv-recht door het wetsvoorstel nv-recht groter zijn geworden. De omzetting zou een ingrijpender wijziging van de statuten vergen dan onder het huidige recht het geval zou zijn. Zo geldt voor de nv een minimumkapitaal van 45 000 euro en omdat de regels voor de nv zijn toegeschreven op vennootschappen met een aandelenkapitaal dat is verspreid over een relatief groot aantal aandeelhouders die doorgaans meer op afstand van de besluitvorming staan en vaak alleen aandeelhouder uit beleggings oogpunt zijn, heeft de nv een strakker wettelijk kader met minder ruimte voor afwijking. Enkel en alleen teneinde bedoelde aandeelhouders uit de vennootschap te zetten de bv in een nv om te zetten, lijkt daarom niet voor de hand te liggen. Bovendien zal een dergelijk besluit snel vernietigbaar zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die artikel 8 lid 1 eist (artikel 15 lid 1 onder b), zeker als die nv vervolgens door middel van een tweede omzetting weer in een bv wordt teruggedraaid.

Het komt de leden van de aan het woord zijnde fractie onwenselijk voor dat bij een omzetting van een bv in een nv, stemrechtloze en winstrechtloze aandelen dwingendrechtelijk komen te vervallen. In dit kader verwijzen zij naar de opmerkingen gemaakt ten aanzien van het voorgestelde artikel 181 lid 2 BW. Het komt deze leden voortsnog aantrekkelijker voor om als uitgangspunt te nemen dat bij de omzetting van een bv in een nv het aandeelhouderschap wordt gecontinueerd. Voor die gevallen waarin de omzetting niet gunstig is voor deze aandeelhouders kan hun de mogelijkheid worden geboden te opteren voor schadeloosstelling in combinatie met het verval van hun aandelen. De leden van de VVD-fractie verzoeken de regering hier nader op in te gaan.

Het is niet de bedoeling geweest de schadeloosstelling dwingendrechtelijk voor te schrijven en in de nota van wijziging wordt dit verduidelijkt. Zoals uit het antwoord op een van de voorgaande vragen van de aan het woord zijnde leden blijkt, dient het uitgangspunt evenmin te zijn dat het aandeelhouderschap wordt gecontinueerd als «gewone» aandeelhouder. De positie van de houders van stem- of winstrechtloze aandelen wordt aan de betrokken partijen overgelaten, teneinde een zo groot mogelijk flexibiliteit te bieden. Het aandeelhouderschap kan voortgezet worden als de vennootschap en deze aandeelhouders het daarover eens zijn. In alle andere gevallen waarin hetzij de vennootschap de rechten van deze aandeelhouder niet wil uitbreiden, hetzij de aandeelhouder zelf geen behoefte heeft aan volledig aandeelhouderschap in de nv na omzetting, is schadeloosstelling als uittreedregeling voorhanden. Die schadeloosstelling kan vooraf in de statuten opgenomen zijn, of minnelijk overeengekomen worden en als partijen daarin niet slagen, kan de rechter die vaststellen, eventueel met behulp van door de rechter benoemde onafhankelijke deskundigen (artikel 181 lid 5 nieuw).

De aan het woord zijnde leden maken zich ook zorgen over de praktische uitvoerbaarheid van artikel 181 lid 3 BW. Allereerst is hun niet duidelijk wat met een aantal begrippen in dit artikel wordt bedoeld. Zo is de vraag wat verstaan moet worden onder de drie kernbegrippen in dit artikel «ruilverhouding», «schadeloosstelling» en «vervallen». Daarvan is deze leden geen wettelijke basis of uitleg in de jurisprudentie in relatie tot de figuur van omzetting bekend.

De begrippen ruilverhouding en verval van aandelen zijn van toepassing in gevallen van fusie en splitsing, waarbij de aandeelhouder van de verdwijnende of splitsende rechtspersoon aandeelhouder wordt van de verkrijgende rechtspersoon (zie o.a. de artikelen 325 e.v. en 334x e.v.). Bij omzetting blijft de rechtspersoon bestaan (aldus artikel 18 lid 8) en is er inderdaad geen sprake van een ruilverhouding of verval van aandelen, zoals bedoeld in eerstgenoemde artikelen. De terminologie in artikel 181 wordt bij nota van wijziging aangepast.

Het begrip schadeloosstelling is een in het kader van omzetting, fusie en splitsing gebruikelijke term. Ik verwijs naar de huidige tekst van artikel 71 lid 2 (omzetting van nv in een andere rechtsvorm), artikel 181 leden 2–3 (omzetting van bv in andere rechtsvorm), artikel 320 lid 1 (bijzondere rechten jegens verdwijnende rechtspersoon bij fusie), artikel 333h (aandeelhouder die tegen grensoverschrijdende fusie heeft gestemd), artikel 334p (bijzondere rechten jegens de splitsende rechtspersoon).

*Artikel 2:183 lid 3 BW*

De leden van de VVD-fractie merken op dat bij de omzetting van een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij in een bv geen rechterlijke machtiging nodig is, maar slechts een besluit tot omzetting waarvoor de vereisten van een besluit tot statutenwijziging gelden. Ieder lid wordt aandeelhouder. Hoewel alle leden als lid stemrecht hebben, kunnen, zonder nadere voorziening, aan een lid stemrechtloze (of winstrechtloze) aandelen worden toegekend. Dat lijkt deze leden niet de bedoeling. Zij vragen hoe de regering dit ziet.

Op basis van de hoofdregel in artikel 228 lid 5 kan in de statuten slechts een regeling voor stemrechtloze aandelen getroffen worden ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht is verbonden. Ten aanzien van winstrechtloze aandelen is voor een daartoe strekkende statutenwijziging de instemming vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet (artikel 216 leden 7 en 8). Maar op het moment van de hier bedoelde statutenwijziging zijn er nog geen aandeelhouders, maar enkel leden. In de nota van wijziging is opgenomen dat aan een lid dat aandeelhouder wordt in een bv zonder zijn instemming geen aandelen zonder winstrecht of zonder stemrecht kunnen worden uitgegeven. Een lid dat niet instemt met de verkrijging van dergelijke aandelen, zal aandelen met winst- en stemrechten krijgen, gezien het uitgangspunt dat ieder lid aandeelhouder wordt bij de hier bedoelde omzettingen (artikel 183 lid 3).

Deze leden merken ook op dat de regeling eenzijdig is en maar voor een bepaald geval (omzetting van nv in een andere entiteit) van toepassing is verklaard. Zij vragen of de regering het niet wenselijk acht dan ook de andere mogelijke gevallen te regelen.

Het wetsvoorstel reguleert de positie van houders van winst- of stemrechtloze aandelen in een bv die wordt omgezet in een andere rechtspersoon of die fuseert of wordt gesplitst. Daarbij is rekening gehouden met de verschillende rechtsvormen. Voor de volledigheid zal ik op een rij zetten welke artikelen op welke omzettingen van toepassing zijn (voor zover relevant voor houders van winst- of stemrechtloze aandelen en met inachtneming van de in de nota van wijziging voorgestelde wijzigingen):

- alle omzettingen: artikel 18 lid 2 (vereisten voor omzetting);
- alle omzettingen van of in een stichting en de omzetting van een nv of bv in een vereniging: artikel 18 leden 4 en 5 en artikel 181 lid 7 (rechterlijke machtiging);
- omzetting van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een nv: artikel 72 lid 3 (ieder lid wordt aandeelhouder);
- omzetting van een bv in een vereniging, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij: artikel 181 leden 2 en 3 (schadeloosstelling algemeen)
- omzetting van een bv in een nv, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij: artikel 181 leden 4 en 5 (schadeloosstelling stem- of winstrechtloze aandelen);
- omzetting van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een bv: 183 lid 3 (lid wordt aandeelhouder);

- omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een bv: artikel 7:834;
- omzetting van een bv in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid: artikel 7:835.

De leden van de VVD-fractie menen dat uit pagina 28 van de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat ook zonder de persoonlijke instemming van de desbetreffende aandeelhouders, hun aandelen kunnen worden omgezet in winstrechtloze dan wel stemrechtloze aandelen. Zij verzoeken de regering hier nader op in te gaan.

Zoals hierboven naar aanleiding van de eerste vraag in deze paragraaf over artikel 183 lid 3 uiteengezet is, volgt uit de artikelen 228 lid 5 en 216 leden 7 en 8 dat een statutenwijziging waardoor er aan bepaalde aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering of geen winstrecht verbonden zal zijn, alleen kan worden getroffen ten aanzien van aandelen waarvan alle aandeelhouders die het aangaat, instemmen of – indien het gaat om stemrechtloze aandelen – waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht is verbonden. Het stemrecht of winstrecht kan dus de desbetreffende aandeelhouder niet zonder diens instemming ontnomen worden.

#### *Amendement artikel 2:192 BW*

De leden van de VVD-fractie herinneren aan een amendement (Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 23) dat door mijn ambtsvoorganger is ontraden en vervolgens ook niet aangenomen. Het amendement had betrekking op de invoering van eisen voor het aandeelhouderschap en daaraan verbonden sancties. Zoals artikel 192 nu is geregeld, biedt het geen bescherming tegen het opschorten van het recht op uitkeringen, het vergaderrecht en het stemrecht, aldus deze leden. Zij verzoeken de regering het amendement te heroverwegen.

Naar ik begrijp doelen de leden van de VVD-fractie op het amendement nr. 26, dat het eerdere amendement nr. 23 heeft vervangen. Dat amendement is door mijn ambtsvoorganger ontraden, omdat het amendement het begrip «betrokken aandeelhouder» hanteerde.<sup>1</sup> Ik ben het met mijn ambtsvoorganger eens dat het niet wenselijk is om dat begrip in het wetsvoorstel op te nemen, omdat het tot willekeurige uitkomsten en onduidelijkheid zou leiden, in die zin dat het in de praktijk niet goed zal zijn vast te stellen of een aandeelhouder ten tijde van de statutenwijziging door de wijziging is geraakt.

Het amendement nr. 26 bevatte twee andere voorstellen ten aanzien van het voorgestelde artikel 192. Ten eerste stelde het amendement voor om in lid 1 een onderdeel d toe te voegen dat de mogelijkheid bood om opschorting van aandeelhoudersrechten op te leggen voor in de statuten omschreven gevallen en bevatte het een regeling die minderheidsaandeelhouders beschermde tegen de invoering van een dergelijke sanctie. In dit onderdeel van het amendement zie ik voorsnog geen meerwaarde, omdat mij geen gevallen bekend zijn die niet onder de in het eerste lid geregelde verplichtingen of eisen vallen en waarvoor een zelfstandige sanctiebevoegdheid nodig zou zijn. Het wetsvoorstel biedt thans al de mogelijkheid om een statutaire verplichting of eis in te voeren en daaraan de sanctie van opschorting te verbinden, terwijl minderheidsaandeelhouders worden beschermd tegen invoering van een eis of verplichting en tegen de daaraan verbonden sanctie op grond van de laatste zin van het voorgestelde artikel 192, eerste lid.

Ten tweede stelde het amendement nr. 26 een regeling voor die – conform het bestaande artikel 195b – een aanbiedingsregeling zou bieden voor de aandeelhouder die beknelde is geraakt door opschorting van zijn aandeelhoudersrechten. Ik zie dit onderdeel van het amendement als een verbetering van het wetsvoorstel en heb het bij nota van wijziging in het voorgestelde artikel 192 verwerkt.

<sup>1</sup> Brief van 7 december 2009, Reactie op nagekomen amendementen betreffende wetsvoorstellen op het terrein van het vennootschapsrecht, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 058, nr. 28.

Ten aanzien van dit artikel is volgens de aan het woord zijnde leden tevens de vraag hoe kenbaar is dat er voor bepaalde aandeelhouders verplichtingen verbonden zijn aan de aandelen die zij houden. Zij vragen of het niet wenselijk is dat deze verplichtingen worden geregistreerd, bijvoorbeeld in het aandeelhoudersregister.

Met de leden van de VVD-fractie meen ik dat het belangrijk is dat goed wordt bijgehouden of een aandeelhouder gebonden is aan een statutaire verplichting of eis. Uit de statuten valt dat niet af te leiden en aan de hand van de besluitvorming over de statutenwijziging zal het niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen of een aandeelhouder niet is gebonden aan de verplichting of eis, zeker niet als die besluitvorming wat verder in het verleden ligt. Ik ben het met deze leden eens dat het aandeelhoudersregister een geschikt instrument is om de niet-gebondenheid vast te leggen. In het aandeelregister moeten op grond van het voorgestelde artikel 194 bijvoorbeeld ook stemrechtloze aandelen worden vermeld, alsmede de rechten die toekomen aan pandhouders en vruchtgebruikers. Als er in een vennootschap aandeelhouders zijn die niet gebonden zijn aan een statutaire verplichting of eis, zal dat doorgaans een minderheid betreffen. Daarom ligt het in de rede om slechts de niet-gebondenheid van de aandeelhouder in het aandeelhoudersregister te vermelden. De registratie gaat daarmee niet verder dan noodzakelijk. Een en ander is bij nota van wijziging in het voorgestelde artikel 194 geregeld.

#### *Artikel 2:195 BW*

De leden van de VVD-fractie vragen in het kader van dit artikel of het wenselijk is dat duidelijker wordt vastgelegd welke aandeelhouder welke rechten heeft. Onder verwijzing naar de tekst van artikel 195 lid 1 menen zij dat overwogen moet worden om als hoofdregel de houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen geen voorkeursrecht toe te kennen ten aanzien van de andere soorten aandelen en dit dan ook in de wet eenduidig te regelen.

Voor de meeste vennootschappen zal het waarschijnlijk niet wenselijk zijn dat houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen in het kader van artikel 195, eerste lid, zouden kunnen reflecteren op de aanbidding van gewone aandelen. Ik ben het dan ook met deze leden eens dat het beter zou zijn om in de wet een andere hoofdregel op te nemen. Wel moeten vennootschappen een afwijkende statutaire regeling kunnen treffen. Het voorgestelde artikel 195, eerste lid, wordt bij nota van wijziging aangepast.

#### *Artikel 2:206a lid 2 sub a BW*

De leden van de VVD-fractie achten het wenselijk dat de regering toelicht hoe artikel 206a BW moet worden uitgelegd in geval het gaat om geheel winstrechtloze aandelen. Onder verwijzing naar de tekst van artikel 206a lid 2 vragen zij of er bij uitgifte ook een voorkeursrecht is van deze aandeelhouders op nieuw uitgegeven aandelen? Zij vragen of het wenselijk is om onderdeel a te wijzigen zodat dit aanvangt met: «a. die winstrechtloos zijn of ...»?

In het voorgestelde artikel 206a is inderdaad alleen rekening gehouden met het bijzondere karakter van preferente aandelen en stemrechtloze aandelen en niet met dat van aandelen zonder recht op deling in de winst of reserves. Ook bij die laatste categorie aandelen zal het, evenals bij preferente aandelen en stemrechtloze aandelen, voor de meeste vennootschappen niet wenselijk zijn dat houders van winstrechtloze aandelen een voorkeursrecht zouden hebben op gewone aandelen en door de uitoefening van het voorkeursrecht alsnog winstrecht zouden kunnen krijgen. Het voorstel van deze leden is met enige tekstuele aanpassingen bij nota van wijziging overgenomen.

De leden van de VVD-fractie stellen vast dat dit artikel gebaseerd is op een amendement dat mede door leden van de VVD-fractie is ondertekend. Aan deze leden is inmiddels ter kennisname gebracht dat de praktijk bezwaren heeft en houdt tegen deze regeling. De aan het woord zijnde leden hebben deze bezwaren in het verslag geformuleerd om de regering in staat te stellen haar visie daarop te geven. De leden van de VVD-fractie zien graag de reactie van de regering op deze bezwaren tegemoet.

Het voorgestelde stelsel van crediteurenbescherming met een uitkeringstest en aansprakelijkheidssancties vervangt de bestaande regeling die is gericht op het bijeenbrengen en bijhouden van een minimumkapitaal. Beide stelsels hebben als achtergrond dat er voor crediteuren een tegenwicht moet zijn voor de beperkte aansprakelijkheid die de wet toekent aan bestuurders en aandeelhouders van besloten vennootschappen en dat misbruik van de beperkte aansprakelijkheid moet worden tegengegaan.

Ook in andere landen bevat de wetgeving voor besloten vennootschappen een tegenwicht tegen de beperkte aansprakelijkheid. In paragraaf 4 van de nota naar aanleiding van het verslag is een beschrijving gegeven van vergelijkbare uitkeringsregelingen in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten. In Duitsland bevat de herziene regeling voor de GmbH een regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid die sterk lijkt op de uitkeringstest in het wetsvoorstel (par. 64 van de *Gesetz über die GmbH*). In Duitsland is het verplichte minimumkapitaal recentelijk verlaagd, maar niet afgeschaft. De GmbH kent dus een stelsel van crediteurenbescherming met een verplicht minimumkapitaal en een uitkeringstest met bestuurdersaansprakelijkheid. Omdat de voorgestelde regeling internationaal niet uit de toon valt, behoeft niet te worden gevreesd voor een verslechtering van het vestigingsklimaat of de concurrentiepositie van in Nederland gevestigde bedrijven. Verwacht mag worden dat door de afschaffing van het verplichte minimumkapitaal, dat door veel ondernemers als belastend wordt ervaren, de populariteit van de Nederlandse besloten vennootschap juist kan toenemen.

De leden van de VVD-fractie wezen op het bezwaar dat vooraanstaande accountants niet voornemens zouden zijn om opinies af te geven over de uitkeringstest.

Van weerstand onder accountants is mij niet gebleken. Bij de voorbereiding van de uitkeringstest heeft uitvoerig overleg met de werkgroep fiscaal jaarrapport plaatsgevonden over de wijze waarop de uitkeringstest in de praktijk het beste gestalte kan krijgen. In de werkgroep zijn naast vooraanstaande accountantskantoren ook o.a. NIVRA en NovAA vertegenwoordigd. Het resultaat van het overleg is vastgelegd in een brief van de werkgroep fiscaal jaarrapport aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 5 november 2008. In de brief wordt beschreven hoe de uitkeringstest in de praktijk met behulp van een taxonomie op eenvoudige wijze kan worden uitgevoerd. De voorzitter van de werkgroep concludeert in zijn brief dat de samenstelling van de werkgroep uitdrukking geeft «aan de brede ondersteuning in de markt voor de voorgestelde uitwerking van de uitkerings-toets».

Een reden voor het voornoemde bezwaar van de accountants zou volgens de leden van de VVD-fractie gelegen zijn in de veelal van toepassing zijnde buitenlandse (SEC) verbodsbepaling voor een controlerende accountant om een waarderende verklaring op zijn cliënt af te geven. Nederlandse ondernemingen kunnen alleen te maken krijgen met buitenlandse verbodsbepalingen en met de Amerikaanse *Securities and Exchange Commission* (SEC) als het om een aan de Amerikaanse beurs genoteerde naamloze vennootschap gaat of als een Nederlandse bv een dochter is van een dergelijke nv (of buitenlandse vennootschap) die in Amerika beursgenoteerd is. Dan zal een waarderende verklaring door een



andere accountant opgesteld moeten worden dan de controlerende accountant. Ik zie in de betrokkenheid van Amerikaanse wetgeving bij een dermate kleine categorie ondernemingen geen reden om van de uitkeringstest af te zien.

Een ander bezwaar dat deze leden noemen, is dat de norm voor de uitkeringstoets niet praktisch is, omdat niet duidelijk is hoe lang bestuurders worden geacht vooruit te kijken. Aan deze onduidelijkheid is tegemoetgekomen in de toelichting op het voorgestelde artikel 216 lid 2, waarin is opgemerkt dat in het algemeen de wetenschap zich niet langer dan een jaar na de uitkering zal kunnen uitstrekken. Uit de eerder genoemde brief van de werkgroep fiscaal jaarrapport blijkt dat een periode van een jaar in de (accountants)praktijk algemeen wordt aanvaard voor het maken van prognoses. Hoewel het alleen in uitzonderlijke omstandigheden zo zal zijn dat bestuurders meer dan een jaar vooruit moeten kijken, zou ik het niet wenselijk vinden als de termijn zou worden gemaximaliseerd in de wet. De bestuurders kunnen immers ten tijde van de uitkering op de hoogte zijn van omvangrijke betalingsverplichtingen die over meer dan een jaar opeisbaar worden, bijvoorbeeld een afbetaling op de aanschaf van een dure machine. Vanuit een oogpunt van crediteurenbescherming is het van belang dat de bestuurders die bijzondere omstandigheid meewegen bij de besluitvorming over uitkeringen aan aandeelhouders.

Deze leden vroegen tevens of een directeur-groootaandeelhouder (dga) door zijn dubbelrol als bestuurder en (groot)aandeelhouder in de problemen zou kunnen komen.

Ook bij besloten vennootschappen met een dga is het belangrijk dat crediteuren worden beschermd tegen onzorgvuldige uitkeringen. Een dga zal als bestuurder van een bv moeten beoordelen of de vennootschap na de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. De voorgestelde uitkeringsregeling is voor dga's niet nadeliger dan voor andere bestuurders.

Deze leden voerden aan dat bestuurders van nationale en internationale concerns in de problemen zouden kunnen komen, omdat zij door hun aandeelhouders tot uitkering gedwongen kunnen worden. Zij zouden daaraan alleen kunnen ontsnappen door ontslag te nemen.

Als aandeelhouders een uitkering willen doorzetten terwijl het bestuur van oordeel is dat de betaling van de opeisbare schulden in gevaar brengt, dan ontstaat er een patstelling waarin het ontslag van de bestuurders aan de orde kan zijn. Die patstelling kan echter ook ontstaan als het goedkeuringsrecht niet zou worden ingevoerd, omdat het bestuur de betaling van de uitkering zou kunnen weigeren. Zoals Dortmund in de literatuur heeft opgemerkt, heeft het voorgestelde goedkeuringsrecht het voordeel dat het bestuur met de wet in de hand de goedkeuring kan weigeren.<sup>1</sup> Het probleem dat aandeelhouders bestuurders zouden kunnen dreigen met ontslag kan dus niet worden weggenomen als het voorgestelde artikel 216 lid 3 uit het wetsvoorstel zou worden geschrapt.

Dat de regeling zou leiden tot verhoging van de kosten van een eventuele verzekering die de mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid dekt, ligt niet in de lijn der verwachting omdat de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling aansluit bij de bestaande jurisprudentie.

De leden van de VVD-fractie menen dat de aansprakelijkheidsregeling op grond van de Wet formeel buitenlandse vennootschappen ook van toepassing zal zijn op Nederlandse vestigingen van in het buitenland opgerichte vennootschappen en dat dit in strijd is met het Europese recht. Zij wezen in dit verband op het gevaar dat de Nederlandse regeling zou kunnen worden ontdoken door gebruik te maken van een buitenlandse rechtsvorm met een lichter aansprakelijkheidsregime.

Naar aanleiding van het door deze leden genoemde Inspire-Art arrest van het Hof van Justitie is de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV) zodanig gewijzigd dat deze wet met uitzondering van

---

<sup>1</sup> Prof. P.J. Dortmund, De tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel flexibilisering bv-recht, Ondernemingsrecht 2009, p. 43.

artikel 6 WFBV niet meer van toepassing is op formeel-buitenlandse vennootschappen uit de EU of de EER. De voorgestelde regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid bij uitkeringen aan aandeelhouders is dus alleen van toepassing op formeel-buitenlandse vennootschappen van buiten de EU of de EER. Van strijd met het Europese recht en de vrijheid van vestiging is dus geen sprake. Binnen de EU is het inderdaad mogelijk dat een Nederlandse onderneming gebruik maakt van een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, al dan niet via het door deze leden genoemde instrument van de grensoverschrijdende fusie. Het Nederlandse bv-recht, met inbegrip van de regeling voor uitkeringen, is dan niet van toepassing. De eerdergenoemde jurisprudentie inzake de vrijheid van vestiging staat aan toepassing van Nederlandse vennootschapsregels in de weg. Dat is anders voor het faillissementsrecht: indien een buitenlandse vennootschap het centrum van haar voornaamste belangen in Nederland heeft, dan kan deze in Nederland failliet worden verklaard en is de Nederlandse faillissementswet van toepassing. Het gevolg van de jurisprudentie over de vrijheid van vestiging is dat er in het algemeen binnen de EU concurrentie tussen rechtsvormen mogelijk is en niet alleen op het punt van de regeling voor uitkeringen aan aandeelhouders. Ten aanzien van een Nederlandse vestiging van een vennootschap uit een andere lidstaat zullen crediteuren dus bescherming moeten ontfangen aan de regels die in de lidstaat van oprichting voor crediteurenbescherming zijn ingesteld. Zoals hierboven al is aangegeven, bevatten de bv-regels in andere lidstaten ook regels voor de bescherming van crediteuren.

Deze leden merken ten slotte op dat het opnemen van artikel 216 lid 3 lastenverhogend werkt.

In het kader van het project regeldruk heeft onderzoeksbureau Berenschot onderzoek gedaan naar de gevolgen van het wetsvoorstel voor de nalevingskosten en de administratieve lasten. Hieruit is gebleken dat het wetsvoorstel leidt tot een forse verlaging van de regeldruk: ca. 35 miljoen euro minder administratieve lasten en circa 30 miljoen euro minder nalevingskosten.<sup>1</sup> Ten aanzien van het voorgestelde artikel 216 concludeert Berenschot dat de voorgestelde uitkeringstest naar verwachting beter aansluit bij de normale bedrijfsvoering dan de bestaande kapitaals-toets. Het voorgestelde artikel 216 leidt volgens Berenschot tot een verwachte reductie van nalevingskosten van ruim 530 000 euro op jaarbasis.

Alles overziend meen ik dat er geen nieuwe argumenten zijn aangevoerd tegen de voorgestelde uitkeringstest. Ik zie dan ook geen overwegende bezwaren tegen de regeling zoals die is aangenomen door de Tweede Kamer. Ten opzichte van de bestaande jurisprudentie en de artikelen 9, 248 en 6:162 BW vormt de voorgestelde goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur een nieuw element. Die goedkeuringsbevoegdheid leidt tot een uitbreiding van de formele taken van de bestuurders en daarmee tot de mogelijkheid om ook voor die taken aansprakelijk te worden gesteld. Het is niet zo dat bestuurders onder de voorgestelde regeling sneller aansprakelijk zullen zijn. De omvang van de aansprakelijkheid blijft hetzelfde als onder de bestaande jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid. Deze jurisprudentie wordt in dit wetsvoorstel gecodificeerd.

#### *Artikel 227 lid 4*

De formulering van dit artikel roept volgens de leden van de VVD-fractie de vraag op of de vennootschap zich de bevoegdheid tot wijziging van de aan certificaten verbonden rechten kan voorbehouden. Verwezen wordt naar artikel 232 BW waarin ten aanzien van het toekennen van rechten aan derden de huidige wet toelaat dat de wijzigingsbevoegdheid wordt voorbehouden.

---

<sup>1</sup> Brief van de staatssecretarissen van Financiën en Economische Zaken van 3 november 2008, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 29 515, nr. 269.

Het voorgestelde artikel 227 lid 4 laat geen ruimte om de wijzigingsbevoegdheid voor te behouden. Dat zou tot gevolg hebben dat aan certificaathouders het vergaderrecht zou kunnen worden ontnomen, bijvoorbeeld als hun inbreng tijdens de vergadering te kritisch wordt bevonden of als zij weigeren om in te stemmen met het buiten vergadering laten plaatsvinden van de besluitvorming (artikel 238). Een dergelijke wijzigingsbevoegdheid acht ik ten aanzien van rechten die de zeggenschap en de besluitvorming binnen de vennootschap betreffen, niet wenselijk. Artikel 232 ziet niet, zoals het voorgestelde artikel 227 lid 4, op toegekende rechten die de zeggenschap en de besluitvorming betreffen, maar op statutaire rechten die een financieel belang betreffen. Dat artikel 232 wel een voorbehoud van de wijzigingsbevoegdheid toelaat, moet in dat licht worden gezien.

*Artikel 2:252 lid 1 BW tweede volzin en artikel 2:253 BW een na laatste volzin*

De leden van de VVD-fractie stellen voor in het eerste lid van artikel 252 en in de een na laatste volzin van artikel 253 steeds «artikel 228 lid 4, tweede volzin» te vervangen door: artikel 228 lid 4, derde volzin. Ditzelfde voorstel werd gedaan in de Invoeringswet ten aanzien van artikel 242 lid 1 om een foutieve verwijzing te corrigeren.

De opmerkingen van de aan het woord zijnde leden zijn terecht; de correctie is in de nota van wijziging meegenomen.

*Artikel 2:404, eerste lid, BW*

De leden van de VVD-fractie verwijzen naar de aanpassing van artikel 404 lid 1 in het wetsvoorstel. Daarin wordt echter nog steeds verwezen naar artikel 204a, dat in het wetsvoorstel bv-recht vervalt. Daarom dient de zinsnede uit artikel 404 lid 1 «Behoudens de artikelen 204a lid 4 en 204c lid 7 kan» te vervallen. Deze leden stellen in verband daarmee voor artikel 404 lid 1 aan te passen als volgt: «Een in artikel 403 bedoelde aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring ten kantore van het handelsregister».

De opmerkingen van de aan het woord zijnde leden zijn terecht; de correctie is conform het voorstel van de leden in de nota van wijziging meegenomen.

*Artikel 7:835 lid 2 van de Wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap van het Burgerlijk Wetboek («Wetsvoorstel Personenvennootschap»))*

De leden van de VVD-fractie stellen dat het voornemen van de Eerste Kamer om de wetsvoorstellen tot de invoering van een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen (Kamerstukken I, 28 746 en 31 065), het wetsvoorstel bv-recht en het onderhavige wetsvoorstel gelijktijdig te behandelen, onnodig tot vertraging leidt voor de totstandkoming van de nieuwe wetgeving voor de personenvennootschappen. Deze leden menen dat de verschillende wetsvoorstellen niet zodanig met elkaar zijn verweven dat een gezamenlijke behandeling op zijn plaats is. Deze leden vragen of ik de vertraging die optreedt, wenselijk acht.

Vooropgesteld zij dat het de Eerste Kamer vrij staat om de wetsvoorstellen te agenderen zoals zij doet. Ik merk op dat de Eerste Kamer uitsluitend een gezamenlijke behandeling van de wetsvoorstellen over titel 7.13, alsmede het wetsvoorstel bv-recht heeft aangekondigd. Er behoeft dus, als ik het goed begrijp, met behandeling niet te worden gewacht op het onderhavige wetsvoorstel. Wel is het wenselijk dat de inwerkingtreding van wetsvoorstellen over titel 7.13 tegelijk plaatsvindt met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel bv-recht en het onderhavige wetsvoorstel. De reden hiervoor is dat in de nota van wijziging bij het onderhavige

wetsvoorstel een onbedoeld gevolg van de invoeringswet titel 7.13 voor open commanditaire vennootschappen wordt hersteld (zie nota van wijziging onderdeel 4). Indien de wetsvoorstellen personenvennootschappen eerder in werking zouden treden, zou dit voor open commanditaire vennootschappen onzekerheid met zich kunnen brengen over hun voortbestaan als open commanditaire vennootschap. Door de gelijktijdige inwerkingtreding wordt dit voorkomen.

De leden van de VVD-fractie menen dat de verwijzing naar artikel 182 in artikel 7:835 lid 2 sub d van het Wetsvoorstel Personenvennootschap kan vervallen en stellen voor artikel 7:835 lid 2 sub d te wijzigen als volgt: d. indien een naamloze vennootschap wordt omgezet in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, het naleven van artikel 100 van Boek 2 dat op het besluit tot omzetting van toepassing is.

Ik deel de mening van deze leden niet. Bij de hier bedoelde omzetting van een bv in een ovr vervalt het aandelenkapitaal van de bv, dat opgaat in het vermogen van de ovr. De ovr heeft geen vermogensbescherming zoals voor de bv in de wet is voorzien, maar voorziet in hoofdelijke verbondenheid van de vennoten voor de verbintenissen van de vennootschap (artikel 7:813). In geval van omzetting van een bv in een ovr kunnen schuldeisers van de oorspronkelijke bv zich niet verhalen op de vennoten van de ovr. Immers, voor de ten tijde van de omzetting bestaande verbintenissen van een bv zijn de vennoten van de ontstane ovr niet persoonlijk aansprakelijk (artikel 7:835 lid 5). Deze schuldeisers kunnen zich derhalve uitsluitend verhalen op het vermogen van de ovr. Aangezien de ovr niet een met artikel 216 BW vergelijkbare regeling kent, genieten deze schuldeisers niet dezelfde wettelijke bescherming, indien uitkeringen aan vennoten plaatsvinden. Om die reden is voor een zodanige omzetting een extra waarborg nodig voor crediteuren.<sup>1</sup>

### III. Overgangsrecht

De leden van de VVD-fractie merken op dat ingevolge het wetsvoorstel bv-recht het derde en vierde lid van artikel 204a vervallen. Artikel 204a lid 4 bevatte een specifieke regeling voor het intrekken van een aansprakelijkheidverklaring. Ten aanzien van vóór de invoering van het wetsvoorstel bv-recht afgegeven aansprakelijkheidsverklaringen ingevolge artikel 204a lid 3 en 204b lid 3 is naar het oordeel van de VVD-fractie niet duidelijk hoe die kunnen worden ingetrokken of dat deze automatisch zullen zijn ingetrokken doordat de betreffende inbrengcontrole is afgeschaft. Zij stellen voor in de overgangsbepalingen op te nemen dat aansprakelijkheidsverklaringen die zijn neergelegd bij het handelsregister overeenkomstig de artikelen 204a lid 3 en artikel 204b lid 3 met ingang van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel bv-recht gelden als «ingetrokken». De aan het woord zijnde leden wijzen er terecht op dat de intrekking na de inwerkingtreding van het nieuwe bv-recht, van een vóór die inwerkingtreding afgelegde aansprakelijkheidsverklaring niet onder de hoofdregels van het overgangsrecht valt. Daarom wordt in de nota van wijziging voorgesteld dat er een lid aan de overgangsregeling van artikel V.2 wordt toegevoegd, die regelt dat artikel 404 van toepassing blijft op vóór de inwerkingtreding van de wet afgelegde aansprakelijkheidsverklaringen, zowel in artikel 204a als artikel 204b. Het oude recht inzake die intrekking blijft daarop van toepassing, omdat het een onderdeel was van de oude systematiek. Die systematiek dient niet doorbroken te worden door te bepalen dat alle aansprakelijkheidsverklaringen als ingetrokken moeten gelden.

De leden van de VVD-fractie merken op dat in het onderhavige wetsvoorstel is bepaald dat binnen vijf jaar alle statuten dienen te zijn aangepast aan de nieuwe wettelijke regeling die geldt bij ontstentenis of belet van de raad van commissarissen (artikel 252 lid 4). De aan het woord zijnde leden zouden zich ook kunnen voorstellen dat ter besparing van

<sup>1</sup> Zie reeds Kamerstukken II, vergaderjaar 2003–2004, nr. 5, p. 28.

kosten voor de vennootschap bepaald wordt dat de statuten bij de eerstvolgende statutenwijziging dienen te worden aangepast, waarbij dan eventueel een ruimere termijn dan vijf jaar kan worden voorgeschreven als uiterste datum. Overigens zouden deze leden zich kunnen voorstellen dat in dit kader wel wordt bepaald wat statuten ten minste moeten bevatten zodat de essentialia altijd zijn opgenomen.

Hoewel de termijn van vijf jaar juist is gekozen om vennootschappen de gelegenheid te geven deze wijziging mee te nemen bij een andere statutenwijziging, begrijp ik dat het wijzigen van de statuten alleen om een beletregeling voor commissarissen op te nemen, voor de vennootschappen die commissarissen hebben, nog steeds tot kosten kan leiden. In de nota van wijziging is daarom het voorstel van de leden van de VVD-fractie overgenomen om pas te verplichten tot het opnemen van de beletregeling bij de eerstvolgende statutenwijziging. Dit lost ook het probleem op dat lastig af te dwingen is dat de statuten binnen vijf jaar om deze reden worden aangepast aan de wet. Ik verwijs ook naar hetgeen ik hieronder in paragraaf V opmerk.

Zoals ik hierboven al naar aanleiding van een vraag over artikel 180 lid 1 heb geantwoord volgen de beperkte eisen die aan de statuten worden gesteld reeds uit de wet. Hieraan zal bij de voorlichting over de nieuwe regels aandacht gegeven worden.

De leden van de VVD-fractie vragen of de regering het wenselijk acht dat statuten in andere talen dan het Nederlands rechtsgeldig kunnen zijn. Naar het oordeel van de leden van de VVD-fractie zou dit het vestigingsklimaat voor buitenlandse vennootschappen verder kunnen verbeteren, zij het dat het dan wellicht lastiger wordt om van de inhoud van de statuten kennis te nemen.

Zoals de aan het woord zijnde leden al opmerken, zou het toestaan van het gebruik van andere talen dan het Nederlands voor de statuten en de oprichtingsakte niet leiden tot vereenvoudiging. Als men kiest voor een bv, dan is het Nederlandse bv-recht op de rechtspersoon van toepassing. Zouden de statuten of de oprichtingsakte in een vreemde taal mogen worden opgesteld, dan zou telkens de niet eenvoudige te beantwoorden vraag rijzen of de in een vreemde taal opgestelde documenten in overeenstemming zijn met het Nederlandse recht. Een complicerende factor hierbij is dat voor begrippen uit het Nederlandse rechtssysteem niet altijd een equivalent bestaat in het recht van het taalgebied waarin vertaald wordt en dat voor een goed begrip van buitenlandse juridische begrippen kennis van het achterliggende rechtssysteem is vereist. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat de belangrijkste documenten voor de oprichting en de inrichting van de vennootschap in de Nederlandse taal worden opgesteld. Deze keuze betekent overigens niet dat bij andere, meer praktische procedures, zoals de oproeping tot de algemene vergadering, binnen de vennootschap geen gebruik mag worden gemaakt van een vreemde taal, ervan uitgaande dat de betrokken partijen die taal begrijpen. Ook staat artikel 394, leden 1 en 4, van Boek 2 BW toe dat openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag en de in artikel 392 van Boek 2 bedoelde gegevens (onder andere de accountantsverklaring) geschiedt door nederlegging van een exemplaar in het Frans, Duits of Engels. De handelsregisterwetgeving staat er voorts niet aan in de weg dat vennootschappen hun statuten behalve in het Nederlands ook in een andere taal openbaar maken.

De leden van de SP-fractie vragen waarom gekozen is voor een overgangstermijn van vijf jaar.

Een termijn van vijf jaar was gekozen als een redelijke termijn waarbinnen vennootschappen de gelegenheid hebben de uit de wet voortvloeiende statutenwijziging mee te nemen bij een wijziging die zich mogelijk om andere redenen in die vijf jaar voordoet, zodat er geen aparte kosten

gemaakt hoeven te worden voor eerstbedoelde statutenwijziging. Echter, naar aanleiding van deze en andere vragen over de overgangsbepalingen, heb ik besloten deze termijnen te schrappen in de nota van wijziging en enkel te verlangen dat de desbetreffende statutenwijzigingen worden meegenomen bij de eerstvolgende gelegenheid. Ik verwijs naar hetgeen ik hieronder in paragraaf IV opmerk.

De leden van de SP-fractie vragen of ik de kosten van kennisname van de nieuwe regels tot incidentele administratieve lasten reken en zo ja, of dit gebruikelijk is.

Incidentele lasten zijn de eenmalige nalevingskosten die voortvloeien uit nieuwe of gewijzigde regels. Zoals ik hiervoor aan het eind van paragraaf I naar aanleiding van een vraag van de leden van PvdA-fractie over administratieve lasten heb aangegeven, vormen de nalevingskosten een van de onderdelen van het overkoepelende begrip regeldruk. Omdat de ondernemers die die regels moeten naleven er eerst kennis van moeten nemen, wordt ook daarmee rekening gehouden bij het berekenen van de regeldruk.

#### **IV. Slot**

In navolging van de brief van VNO-NCW/MKB Nederland van 20 september 2010 merken de leden van de VVD-fractie op dat het niet geheel logisch lijkt dat er een groot verschil zal zijn tussen houders van – met medewerking van de vennootschap uitgegeven – certificaten met en zonder vergaderrechten. In het eerste geval zullen deze een wettelijk pandrecht hebben en in het tweede geval hebben zij dat niet. Deze leden vragen wat het gevolg is van het niet binnen vijf jaar opnemen in de statuten van de vergaderrechten zoals voorzien in artikel V.2 lid 6 Overgangswet. Zij vragen of deze pandrechten dan vervallen en zo ja, op welke wettelijke grondslag.

De vraag stelt het probleem aan de orde dat het in de praktijk lastig kan zijn om vennootschappen die certificaathouders met vergaderrecht in het aandeelhoudersregister hebben opgenomen, zoals is voorgeschreven in artikel 194 lid 1, laatste volzin, te dwingen tevens de statuten te wijzigen, zoals voorgeschreven in artikel 227 lid 2. Het is voor de vergadergerechtigde certificaathouders van belang dat zij in het aandeelhoudersregister staan, want dan krijgen ze uitnodigingen voor de vergaderingen. Maar uitgangspunt van de in het wetsvoorstel bv-recht voorgestelde neerlegging in de statuten van de vergaderrechten voor certificaathouders was ook naar buiten toe duidelijkheid te scheppen wie er naast de aandeelhouders ook vergaderrechten hebben. De leden van de aan het woord zijnde fractie maken met hun vraag terecht duidelijk dat het opnemen van deze vergaderrechten in de statuten van een reeds bestaande bv lastig afdwingbaar is. Daarom is in de nota van wijziging een verdere vereenvoudiging opgenomen voor de overgangsrechtelijke situatie in artikel V.2 lid 6. Daarin is voor houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven opgenomen dat het opnemen in de statuten van hun vergaderrechten pas hoeft plaats te vinden bij de eerstvolgende statutenwijziging en niet meer binnen vijf jaar. Tevens is in het overgangsrecht opgenomen dat tot het moment van die statutenwijziging onder certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden tevens worden verstaan certificaten die voor inwerkingtreding van de wet over vergaderrecht beschikten en die in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen.

Er is dan ook geen probleem meer met de pandrechten, zoals door de vragenstellers naar voren is gebracht. De tekst van artikel 3:259 spreekt van «certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen». Daaronder vallen dan de certificaten waarvan de houders alleen in het aandeelhoudersregister geregistreerd staan en de houders van certificaten die tevens in de statuten zijn aangewezen. Er



kan dan geen sprake meer zijn van een categorie van houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, maar waaraan niet in de statuten vergaderrechten zouden zijn toegekend. Bij een vóór inwerkingtreding van het wetsvoorstel bv-recht opgerichte bv moet er dus rekening mee worden gehouden dat ondanks dat de statuten er (nog) niets over melden, er toch certificaathouders met vergaderrechten kunnen zijn. Dat is onder de huidige wet overigens ook al het geval. Met de invoering van het bij de statuten toekennen van vergaderrecht is beoogd de onduidelijkheid weg te nemen die er momenteel bestaat over het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. De onmiddellijke vermelding in de statuten is afgewogen tegen de administratieve belasting die een dergelijke statutenwijziging met zich brengt, terwijl de onduidelijkheid in ieder geval wordt weggenomen doordat de vergadergerechtigden allen binnen een jaar in het aandeelhoudersregister vermeld moeten staan.

Samen met de gewijzigde aanpak in de nota van wijziging voor de opname in de statuten van de beletregeling voor commissarissen (zie hierboven in paragraaf 3), betekent deze wijziging voor de statutaire regeling van de vergadergerechtigde certificaathouders dat de eenmalige incidentele lasten die zijn berekend voor de invoering van het nieuwe bv-recht van ongeveer 10,7 miljoen euro vrijwel geheel komen te vervallen (zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 16). Het bedrag dat nog resteert om ter gelegenheid van het bezoek aan de notaris ook alsnog de verplichte zaken in de statuten op te nemen, is dermate gering, dat dat als verwaarloosbaar heeft te gelden.

## **V. Brieven VNO-NCW en NOB**

Zoals verzocht door de leden van de VVD-fractie en van de CDA-fractie zal in het navolgende nader worden ingegaan op het commentaar van VNO-NCW/MKB Nederland in de brief van 20 september 2010 en van de Orde in de brief van 17 september 2010, voor zover dat commentaar niet hierboven al aan de orde is geweest. Ik behandel het commentaar in de volgorde waarin het in de brieven naar voren is gebracht.

### **V.1. Brief VNO-NCW**

#### *Artikel 72/181/330a/334ee1*

In het kader van de problematiek van winst- of stemrechtloze aandelen bij omzetting, fusie en splitsing bepleit VNO-NCW ook winst- of stemrechtloze aandelen voor nv's te introduceren. Dan zouden bij omzetting, fusie en splitsing de winst- of stemrechtloze aandelen kunnen blijven bestaan. Het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht is niet de geëigende plaats om ook het nv-recht te wijzigen en zeker niet op een dermate ingrijpende wijze. De vraag of de introductie van deze aandelen ook in het nv-recht wenselijk is, zou moeten worden gezien in het kader van een bredere herziening van het nv-recht. Die is vooralsnog niet aan de orde.

#### *Artikel 181 lid 2, eerste volzin*

Volgens VNO-NCW zou in artikel 181 lid 2 ook rekening gehouden moeten worden met de omzetting van een bv in een coöperatieve vereniging of een onderlinge waarborgmaatschappij met een in aandelen verdeeld kapitaal.

In het aangehaalde artikel gaat het om schadeloosstelling voor het verlies van aandelen. Wanneer er sprake is van een coöperatieve vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij met een in aandelen verdeeld kapitaal

en de houder van de winst- of stemrechtloze aandelen kan zijn aandelen in de nieuwe situatie behouden, dan is er geen sprake van verlies van aandelen en dus ook niet van aanspraak op schadeloosstelling.

#### *Uitbreiding omzetting openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid*

VNO-NCW bepleit dat ook een openbare vennootschap (hierna: ov) zich rechtstreeks in een andere rechtsvorm kan omzetten en niet alleen een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: ovr). VNO-NCW stelt voor een omzetting van rechtswege in een ovr met de mogelijkheid van opt-out binnen een bepaalde termijn.

De reden voor het opnemen van de omzetting van een ovr in een nv in dit wetsvoorstel is dat mijn ambtsvoorganger aan de Eerste Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel vaststellingswet titel 7.13 BW een toezegging daartoe heeft gedaan. Het onderhavige wetsvoorstel gaat echter over het bv-recht en ik wil het niet verder belasten met de discussie over de nv en de ovr. De discussies rond het wetsvoorstel over titel 7.13 hebben geleid tot een lang traject. Ik zou die discussie voorlopig willen afsluiten, zodat de nieuwe personenvennootschap zich eerst in de praktijk kan bewijzen. Daarna kunnen we op basis van de praktijkervaringen bezien of verdere aanpassingen nodig zijn.

Daarnaast bepleit VNO-NCW dat naast een nv met aandelen op naam ook een nv met aandelen aan toonder omgezet kan worden in een ovr. Zij merkt op dat ook houders van aandelen aan toonder bekend kunnen zijn en dat een nv met aandelen aan toonder wel krachtens artikel 183 in een bv kan worden omgezet, die in het wetsvoorstel bv-recht allerhande mogelijkheden voor buitenstatutaire regelingen kent, zodat het verschil met een ovr volgens VNO-NCW dan niet meer zo groot is. Het leidt volgens VNO-NCW tot onnodige kosten wanneer eerst een statutenwijziging nodig is om de aandelen op naam te doen luiden ofwel een omzetting in een bv om die bv vervolgens in een ovr om te zetten. De omzetting van de ene rechtspersoon en kapitaalvennootschap in de andere – van een nv in een bv – is nog altijd minder groot dan de omzetting van een rechtspersoon en kapitaalvennootschap naar een contractuele personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. Het is de vraag of er brede behoefte aan zou bestaan en of in die gevallen dat er behoefte aan bestaat de tussenstap via de omzetting in een bv en het wijzigen van aandelen aan toonder in aandelen op naam dermate omslachtig is dat er een speciale regeling voor opgesteld zou moeten worden. Ook hier geldt evenals bij het antwoord op de vorige vraag dat ik er de voorkeur aan geef de personenvennootschap zich eerst in de praktijk te laten bewijzen en vervolgens te bezien of verdere aanpassingen nodig zijn. Ik wil mij beperken tot hetgeen mijn ambtsvoorganger heeft toegezegd en die toezegging had alleen betrekking op de omzetting in een nv met aandelen op naam (Kamerstukken I 2006/07, 28 746 E, p. 5–6).

#### *Artikel 1.8: wijziging van artikel 4 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*

VNO-NCW vraagt zich af of toepasselijkverklaring van artikel 9 en de interne regelingen van artikel 216 zich verdraagt met de principiële erkenning door rechtspraak van het Europese Hof van Justitie van de vrijheid van vestiging.

Naar aanleiding van de uitleg die het Hof van Justitie van de EU aan de vrijheid van vestiging heeft gegeven, is de Wfbv in 2005 aangepast (HvJEU 30 september 2003, zaak C-167/01, Inspire Art). Daarbij is het toepassingsbereik van de Wfbv beperkt tot vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een staat van buiten de EU of de EER. Daardoor geldt ook de toepasselijkverklaring van artikel 9 en van de

interne regelingen van artikel 216 alleen voor die vennootschappen en is er geen sprake van strijd met de vrijheid van vestiging.

#### *Artikel 334ee lid 2*

Artikel 334aa lid 2 (ik neem aan dat er per abuis is verwezen naar artikel 334ee lid 2) eist in geval van splitsing van een bv een toetsing met accountantsverklaring van het bij de splitsende vennootschap achtergebleven vermogen aan de kapitaalklem. Deze accountantsverklaring over de situatie na splitsing is het spiegelbeeld van de accountantscontrole bij inbreng in natura, waar de accountantsverklaring vereist is ten tijde van de inbreng om zeker te stellen dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht ten minste gelijk is aan de nominale waarde van de (als tegenprestatie voor de inbreng) uitgegeven aandelen. Omdat bij de inbreng in natura (artikelen 204a en 204b) de accountantscontrole is afgeschaft, zou volgens VNO-NCW ook hier, in de spiegelbeeldige situatie, de verplichte accountantscontrole dienen te vervallen.

Ten gevolge van de afschaffing van de accountantsverklaring bij inbreng in natura is de pendant daarvan bij de splitsing, artikel 334bb, dat (de accountantsverklaring van) de artikelen 204a en 204b van overeenkomstige toepassing verklaart bij splitsing, in het wetsvoorstel bv-recht aangepast en beperkt tot de naamloze vennootschap.

De accountantsverklaring uit artikel 334aa lid 2 heeft betrekking op de vermogensvereisten uit artikel 334w, dat gaat over de waardebepaling van het deel van het vermogen dat de voortbestaande splitsende vennootschap behoudt. Dat artikel is eerder vergelijkbaar met de algemene regels voor kapitaalbescherming: het waarborgt dat na de splitsing de splitsende vennootschap aan de vermogensvereisten van Boek 2 BW voldoet, ter bescherming van aandeelhouders en crediteuren. Artikel 334aa lid 2 strekt dan ook vooral tot verschaffing van informatie aan de aandeelhouders over die waarde. De accountantsverklaring is een onderdeel van de informatie die voor de aandeelhouders (en derden) ter inzage moet worden gelegd bij het handelsregister en op basis waarvan de aandeelhouders het besluit tot splitsing nemen (artikel 334aa lid 6). Een splitsing is ingrijpend voor de vermogenspositie van de vennootschap, zodat vermogensvereisten en een daarop betrekking hebbende verklaring van een deskundige en onafhankelijke accountant op hun plaats zijn. Een splitsing – waartoe de aandeelhouders op voorstel van het bestuur besluiten als over een statutenwijziging – is niet op één lijn te plaatsen met de oprichting van een vennootschap waarbij de oprichters inbreng op aandelen in natura overeenkomen (artikel 204a). Ik vind afschaffing van de accountantsverklaring in artikel 334aa dan ook niet opportuun.

#### *Artikel 373 lid 4*

Onder de wettelijke reserves die zijn aangewezen in artikel 373 lid 4 valt ook de reserve die moet worden aangehouden bij de omrekening van guldens naar euro's, als vermeld in artikel 178a leden 2 en 3. Naar de mening van VNO-NCW is er met het vervallen van het wettelijk minimumkapitaal en de aangepaste regels over uitkeringen aan aandeelhouders geen aanleiding meer om de wettelijke reserves van artikel 178a leden 2 en 3 nog te handhaven. «Niet uitkeerbaar vermogen» is volgens VNO-NCW in algemene zin niet langer een relevante categorie en er zou ook geen noodzaak meer moeten zijn om nog afrondingsverschillen die bij omrekening van kapitaal naar euro zijn ontstaan als afzonderlijke categorie binnen het eigen vermogen te blijven administreren.

Aangezien deze euro-reserve niet, zoals de overige wettelijke reserves, voortvloeit uit EU-rechtelijke verplichtingen, kan de reserve in overeenstemming met het verzoek van VNO-NCW worden geschrapt. Dit is in de nota van wijziging voorgesteld.

### *Artikel 392 lid 1, onderdeel f*

VNO-NCW meent dat de opgave van artikel 392 lid 1 onderdeel f een duplicaat vormt van de opgave die ingevolge artikel 378 lid 2 moet worden gedaan en dat artikel 392 lid 1 onder f kan worden geschrapt. Artikel 378 lid 1 schrijft voor dat in de toelichting bij de jaarrekening een overzicht wordt gegeven van het verloop van het eigen vermogen per post gedurende het boekjaar. Volgens lid 2 wordt in dat overzicht de post gestort en opgevraagd kapitaal uitgesplitst naar de soorten aandelen. Artikel 392 lid 1 onder f gaat over een onderdeel van de overige gegevens die aan de jaarrekening en het jaarverslag toegevoegd moeten worden en daartoe behoort nu ook al een opgave van het aantal winstbewijzen en soortgelijke rechten met vermelding van de bevoegdheden die zij geven. Daaraan wordt in dit wetsvoorstel toegevoegd dat ook het aantal stemrechtloze aandelen en het aantal aandelen dat geen of slechts een beperkt recht geeft tot deling in de winst of reserves, vermeld moeten worden. Die toevoeging was nodig omdat in dat artikel in tegenstelling tot artikel 378 niet duidelijk was dat het ook zou zien op winst- of stemrechtloze aandelen. Beide artikelen hebben steeds naast elkaar bestaan en hebben elkaar steeds aangevuld. Het gaat in artikel 378 om de financiële verantwoording van het verloop van het eigen vermogen gedurende een boekjaar. In artikel 392 gaat het om aantallen aandelen en de bevoegdheden die eraan verbonden zijn. Er is dan ook geen reden voor het schrappen van artikel 392 lid 1 onder f.

### *Ontbrekende overgangsbepaling*

VNO-NCW wijst erop dat de statuten van veel vennootschappen voor de vrije overdraagbaarheid van aandelen aan de in de wet genoemde kring van personen, naar de wet verwijzen. In het voorgestelde artikel 195 wordt die kring van personen afgeschaft en daarvoor in de plaats komt een systeem waarbij er in beginsel een aanbiedingsregeling is, tenzij de statuten anders bepalen. Door de wijzigingsvoorstellen komt die vrijstelling te vervallen, tenzij de vennootschap een statutenwijziging doorvoert. VNO-NCW stelt daarom voor een overgangsbepaling op te nemen waarin wordt geregeld dat verwijzingen in de statuten naar de vrijgestelde kring van personen hun gelding behouden. Probleem bij de door VNO-NCW voorgestelde overgangsregeling is dat wanneer statuten verwijzen naar de aanbiedingsregeling in artikel 195, eerste lid, niet onmiddellijk aan de statuten te zien zal zijn of zij bedoelen te verwijzen naar het oude of het nieuwe artikel. In de nota van wijziging is aan de artikelen uit de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek die van toepassing zullen zijn op de wetswijzigingen ten gevolge van het nieuwe bv-recht, artikel 71 toegevoegd, dat bepaalt dat een beding dat naar een vóór de inwerkingtreding van de wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud daarvan weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de (gewijzigde) wet in te houden, tenzij dat niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding. Dit scheidt duidelijkheid. Is in de statuten enkel verwezen naar het wetsartikel, dan zal de nieuwe aanbiedingsregeling gelden. Zijn in de statuten uitdrukkelijk echtgenoot, geregistreerd partner, bepaalde bloed- of aanverwanten aangewezen als personen aan wie aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen, dan zal dit onder het nieuwe recht gelden als een statutaire afwijking van de hoofdregel, zoals bedoeld in het nieuwe artikel 195 met de woorden «tenzij de statuten anders bepalen». In dat geval zullen de verwijzingen in de statuten naar de vrijgestelde kring van personen hun gelding behouden, zoals gewenst door VNO-NCW. Wanneer de rechtspersoon zich niet kan vinden in deze nieuwe aanbiedingsregeling en de formulering in de statuten na de inwerkingtreding van het nieuwe

bv-recht niet meer strookt met de bedoelingen van de rechtspersoon, zullen de statuten alsnog aangepast moeten worden. Ten slotte is een drietal voorstellen van VNO-NCW tot technische of tekstuele verbetering van de tekst overgenomen in de nota van wijziging. Het betreft aanpassing van artikel 216 lid 3 en van de artikelen V.1 lid 2 en V.2 lid 6 van het wetsvoorstel.

## **V.2. Brief Nederlandse Orde van Belastingadviseurs**

### *Regelingen die aansluiten bij nominaal gestort of geplaatst aandelenkapitaal*

De Orde verwijst naar de passage in de memorie van toelichting over de deelnemingsvrijstelling. Daarin is aangegeven dat de gevolgen van het nieuwe bv-recht bewust worden aanvaard. De vraag van de Orde of de gevolgen van het nieuwe bv-recht voor de deelnemingsvrijstelling inderdaad worden aanvaard, wordt derhalve bevestigend beantwoord. Verder vraagt de Orde hoe dit zich verhoudt tot de strekking van de deelnemingsvrijstelling.

Met de deelnemingsvrijstelling wordt beoogd te voorkomen dat dezelfde ondernemingswinst meerdere malen binnen één concern wordt belast. Of voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling sprake is van een concern wordt (mede) bepaald aan de hand van de zogenoemde 5%-eis. Er is sprake van een deelneming als voor ten minste 5% wordt deelgenomen in het nominaal gestort kapitaal van een lichaam. Dit 5%-criterium wordt van oudsher ervaren als een praktische manier om vast te stellen of sprake is van een deelneming.

Het gevolg is dat zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen meetellen bij de beoordeling of aan het 5%-criterium is voldaan en dat resultaten behaald met beide soorten aandelen onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen. Net als onder het huidige bv-recht kwalificeert een aandelenpakket ook onder het nieuwe bv-recht als deelneming als voor ten minste 5% wordt deelgenomen in het nominaal gestort kapitaal, ongeacht of het aandelenpakket bijvoorbeeld meer of minder dan 5% van de stemrechten vertegenwoordigt of recht geeft op meer of minder dan 5% van een eventueel liquidatieoverschot. Hoewel er door het nieuwe bv-recht een bredere variëteit aan (soorten) aandelen mogelijk wordt, verandert er voor de deelnemingsvrijstelling in essentie dus weinig. Met betrekking tot de verwijzing door de Orde naar enige andere wetsartikelen waarin een (soortgelijk) verbondenheidscriterium voorkomt, zij opgemerkt dat elke bepaling op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld.

### *Belastingplicht vennootschapsbelasting*

De Orde gaat in op de belastingplicht van de flexibele bv voor de heffing van de vennootschapsbelasting en op de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is opgenomen dat bv's op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en dat de in het wetsvoorstel bv-recht opgenomen herziening van de wettelijke regels voor bv's geen aanleiding vormt hierin verandering te brengen. Hierbij zijn verschillende elementen genoemd die bij deze keuze een rol hebben gespeeld. Zo is er onder meer op gewezen dat een belangrijk uitgangspunt van de rechtsvorm van de bv blijft dat de aandeelhouders niet aansprakelijk zijn voor hetgeen in de naam van de bv wordt verricht. Op basis van deze in de memorie van toelichting genoemde elementen, in samenhang bezien, is er voor gekozen de wettelijke regeling in de Wet op de Vpb 1969 niet te wijzigen. Hierdoor blijft de bv, ook na de voorgestelde

flexibilisering van het bv-recht, derhalve een rechtsvorm die op basis van de wettelijke regeling *in alle gevallen* is onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Een toetsing aan de in de memorie van toelichting genoemde elementen is niet aan de orde. De enkele omstandigheid dat bij een bepaalde vormgeving van de bv niet of in mindere mate aan een van die elementen zou worden voldaan, is derhalve niet van belang voor de belastingplicht van die bv. Aan de Orde kan daarom worden bevestigd dat ook bv's waarbij op grond van het nieuwe artikel 192 lid 1 sub a BW de aandeelhouders (wel) aansprakelijk zijn voor alle schulden van de bv, onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting (en dus niet fiscaal transparant zijn).

Met betrekking tot de nieuwe rechtsvorm van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (ovr), en daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, bevat het wetsvoorstel Invoeringswet titel 7:13 BW een expliciete wettelijke bepaling over de belastingplicht. Op basis van het voorgestelde artikel 3.7 van de Wet IB 2001 worden bij een dergelijke vennootschap de bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een openbare vennootschap (ov) zonder rechtspersoonlijkheid. Dit geldt ook voor een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Op basis van het voorgestelde artikel 8, derde lid, van de Wet Vpb 1969 is deze bepaling van overeenkomstige toepassing voor de vennootschapsbelasting. Een ovr is derhalve, ongeacht zijn contractuele vormgeving, *niet* zelf onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Wel zijn de vennoten onderworpen aan de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting (transparantie).

Bij de in deze omtrent de belastingplicht van de bv en de ov gemaakte keuzes is uitdrukkelijk onderkend dat, zoals de Orde terecht opmerkt, de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap door de modernisering van het ondernemingsrecht dicht(er) tegen elkaar aangroeien. Hiermee wordt belastingplichtigen evenwel in alle gevallen duidelijkheid geboden over de belastingplicht van de door hen gekozen rechtsvorm. Wordt gekozen voor een (flexibele) bv, dan wordt deze zelfstandig in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken. Bij de keuze voor een ov (al dan niet met rechtspersoonlijkheid) worden de achterliggende vennoten in de belastingheffing betrokken.<sup>1</sup>

De Orde herhaalt in dit kader haar pleidooi voor de invoering van een check-the-box-achtig systeem. In een dergelijk systeem kan een personenvennootschap of kapitaalvennootschap zelf de keuze maken voor een al dan niet fiscaal transparante behandeling. De Orde zou een dergelijk systeem graag ingevoerd zien voor zowel nationale rechtsvormen, als de ovr en de bv, als buitenlandse rechtsvormen.

In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel bv-recht (Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 5) is aangegeven dat het kabinet geen aanleiding ziet voor invoering van een nieuwe rechtsvorm naar het voorbeeld van de Limited Liability Partnership, omdat de nieuwe personenvennootschap en de nieuwe bv de benodigde flexibiliteit zullen gaan bieden. Ten aanzien van de door de Limited Liability Partnership en Limited Liability Company geboden combinatie van beperkte aansprakelijkheid van de deelnemende natuurlijke personen en fiscale transparantie is in dat kader aangegeven dat is overwogen om de fiscale transparantie voor de bv mogelijk te maken. Hiervoor is evenwel niet gekozen omdat verplichte of optionele herkwalificatie van de bv als fiscaal transparante rechtsvorm zowel in de nationale als internationale fiscale context ingrijpende gevolgen zou hebben. Het ligt, aldus de nota, voor de hand om eerst te bezien welke praktijkervaringen de nieuwe personenvennootschap en de nieuwe bv gaan opleveren alvorens eventueel over te gaan tot fiscale wijzigingen. Deze praktijkervaringen zullen uiteraard eerst enige tijd na de inwerkingtreding van de nieuwe rechtsvormen kunnen worden bezien.

---

<sup>1</sup> Tenzij sprake is van een zogenoemde open commanditaire vennootschap.



## *De kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden*

De vraag wat het verschil is tussen een fiscaal transparante personenvennootschap en een niet fiscaal transparante kapitaalvennootschap is ook van belang in het kader van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. De Orde vraagt of het voornemen bestaat om het toetsingskader van het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M aan te passen na de inwerking-treding van het wetsvoorstel bv-recht.

In genoemd kwalificatiebesluit buitenlandse rechtsvormen wordt een toetsingskader gegeven waarbinnen wordt getoetst of een buitenlands samenwerkingsverband of een buitenlandse rechtsvorm voor de Wet Vpb, de Wet IB 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 als een transparant of als een zelfstandig belastingplichtig lichaam moet worden aangemerkt. Hiervoor wordt, kort gezegd, op basis van de (buitenlandse) civielrechtelijke kenmerken van het samenwerkingsverband een vergelijking gemaakt met Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen, en de fiscale behandeling die de vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm heeft. Het toetsingskader is verder uitgewerkt aan de hand van vier vragen.

Bij nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie of wetgeving wordt uiteraard steeds bezien of het kwalificatiebesluit aanpassing behoeft. Vooralsnog bestaat de indruk dat het toetsingskader, en de daarin beschreven vier vragen, tot een beoordeling (blijven) leiden over de belastingheffing van buitenlandse samenwerkingsvormen die overeenkomt met het (wettelijke) systeem voor Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Wel zou het, door het dichter naar elkaar toegroeien van de regimes voor de ovr en de bv, in voorkomende gevallen lastiger kunnen worden om te bepalen of een buitenlands samenwerkingsverband overeenkomt met een (Nederlandse) kapitaalvennootschap of met een personenvennootschap.

De Orde wijst er in dit kader op dat de vraag of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal – één van de vier vragen – in de praktijk een lastig te beoordelen vraag kan zijn.

Deze vraag wordt op basis van het kwalificatiebesluit evenwel nu al toegepast met betrekking tot buitenlandse samenwerkingsverbanden en rechtsvormen waarbij in voorkomende gevallen de civielrechtelijke mogelijkheden die nu in Nederland worden voorgesteld in het kader van de modernisering van het ondernemingsrecht, al bestaan. In het besluit wordt gesproken van een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel van een kapitaal dat in maatschappelijke zin gelijk kan worden gesteld met een in aandelen verdeeld kapitaal (vergelijk HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13 en HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288). Het begrip is hiermee voldoende flexibel om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie en wetgeving. Ten slotte wijst de Orde er op dat het uitdelingsbesluit in de memorie van toelichting is genoemd als een van de elementen voor de keuze om de bv in alle gevallen belastingplichtig te laten blijven voor de vennootschapsbelasting.

Aan de Orde kan evenwel worden bevestigd dat het vereiste van een uitdelingsbesluit, ook na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel bv-recht, niet relevant zal zijn voor het onderscheid tussen transparante en niet-transparante lichamen op basis van het kwalificatiebesluit.

### *Fiscale gevolgen bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid voor «onverantwoorde» uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap*

De Orde wijst op de herziening van de kapitaalbeschermingsregels voor de bv. Belangrijke wijzigingen zijn de afschaffing van het minimumkapitaal en de invoering van een uitkeringstest voor alle vormen van

uitkering van vermogen aan aandeelhouders. De Orde vraagt naar de fiscale gevolgen van de afwikkeling van de aansprakelijkheidssancties die samenhangen met deze nieuwe uitkeringstest.

Als eerste zal worden ingegaan op de fiscale consequenties van de verplichting voor een aandeelhouder / natuurlijk persoon tot vergoeding van een tekort dat is ontstaan als gevolg van een (onverantwoorde) uitkering door een bv, waarbij het aandelenbezit in de inkomstenbelasting in box 2 valt. Hiervoor is onder meer het arrest HR 20 januari 1988, nr. 24 304, BNB 1988/122 van belang. In dit arrest werd een terugbetaling van dividend die voortvloeide uit een wettelijke verplichting – het toenmalige artikel 217 – als een negatieve opbrengst van vermogen aangemerkt. Ook in het voorgestelde artikel 216 is – onder omstandigheden – sprake van een verplichting tot terugbetaling van een ontvangen uitkering. Een uit de wet voortvloeiende verplichting tot terugbetaling van een als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang belast dividend leidt derhalve voor de betrokken aandeelhouder – bij daadwerkelijke betaling – tot een negatief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang.

Indien evenwel bij een kapitaal teruggaaf aan de aandeelhouder geen sprake is geweest van een (belast) regulier voordeel uit aanmerkelijk belang, kan een terugbetaling hiervan aan de bv *niet* als een negatieve inkomst worden beschouwd. Voor de aandeelhouder (in box 2) geldt deze betaling aan de bv als een op aandelen gestort bedrag. De betaling verhoogt derhalve de verkrijgingsprijs van de aandelen.

De door een aandeelhouder verschuldigde wettelijke rente ter zake van de terugbetaling van een onverantwoorde winstuitkering kan niet worden aangemerkt als te zijn gemaakt ter verwerving, inning of behoud van in box 2 vallende reguliere voordelen. Deze rente komt hiermee niet in box 2 voor aftrek in aanmerking. Een op een peildatum bestaande schuld ter zake van deze rente, kan in box 3 in aanmerking worden genomen.

Voor de bestuurder die gehouden is tot vergoeding van een tekort dat is ontstaan door een onverantwoorde uitkering, kan worden gewezen op het arrest HR 27 september 2000, BNB 2001/8. Op basis van dit arrest kan de betaling in voorkomende gevallen als negatief loon in mindering op het inkomen van box 1 (in de inkomstenbelasting) worden gebracht. Vereist is wel dat in de feiten en omstandigheden van het geval een voldoende causaal verband met de dienstbetrekking bestaat. Hiervan zal in het algemeen sprake zijn indien wordt gebleven binnen de aan een bestuurder wettelijk en statutair voorgeschreven taakuitoefening, en de verplichting tot betaling van de vergoeding haar oorzaak (geheel) vindt in de wijze van vervullen van de dienstbetrekking. Daarnaast moet sprake zijn van een daadwerkelijke betaling die leidt tot een afname van het vermogen van de werknemer. Indien de bestuurder ter zake van een op basis van deze criteria als negatief loon te beschouwen bedrag een vergoeding van een aandeelhouder ontvangt, dan zal deze laatste vergoeding bij de bestuurder als (positief) loon in box 1 (in de inkomstenbelasting) in aanmerking worden genomen.

De betaling en de ontvangst van de wettelijke rente houden onvoldoende verband met de dienstbetrekking, zodat deze rente niet kan worden aangemerkt als (negatief onderscheidenlijk positief) loon.

Bij de bv is een winstuitkering of een terugbetaling van kapitaal niet aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. De (ontvangst van een) vergoeding van een tekort is bij de bv niet belast omdat het geen voordeel uit bedrijfsuitoefening is. Hierbij is niet van belang of deze vergoeding door een aandeelhouder wordt betaald of door een bestuurder geschiedt. De door de bv ontvangen wettelijke rente ter zake van de terugbetaling vormt wel een tot de winst behorende bate.

Indien bij een aandeelhouder/rechtspersoon sprake is van een deelneming, zal een (winst)uitkering door een bv onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Een verplichte terugbetaling vormt dan een (niet-aftrekbaar) negatief voordeel uit een deelneming. Valt een (winst)uitkering

niet onder de deelnemingsvrijstelling, dan zal ook een terugbetaling niet in aftrek worden beperkt door de deelnemingsvrijstelling. Is een winstuitkering tot de belastbare winst in de vennootschapsbelasting gerekend, dan zal een verplichte terugbetaling in een later jaar op de winst in aftrek mogen worden gebracht. De betaling van wettelijke rente loopt zowel bij de ontvanger als bij de betaler via de winstsfeer.

#### *Opschorting aandeelhoudersrechten en inhouding dividendbelasting*

De Orde wijst op het voorgestelde artikel 192 lid 1 sub a en b BW op basis waarvan de statuten verbintenisrechtelijke verplichtingen respectievelijk (kwaliteits)eisen kunnen verbinden aan het aandeelhouderschap. De niet-nakoming hiervan kan volgens de Orde op grond van artikel 292 lid 4 BW vennootschapsrechtelijk de opschorting van aandeelhoudersrechten tot gevolg hebben, zoals het recht op uitkeringen.

In antwoord op de desbetreffende vraag van de Orde kan worden bevestigd dat zolang het recht op (winst)uitkeringen is opgeschort, een eventueel door de vennootschap gedeclareerd dividend niet in de heffing van dividendbelasting wordt betrokken. Pas als de aandeelhouder een onvoorwaardelijk recht op uitbetaling van het dividend heeft, is er sprake van «ter beschikking stellen» en moet er dividendbelasting worden ingehouden.

#### *Amendement Tang/Irrgang over het bevroren van beloningen van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij overname en fusie*

De Orde vraagt naar de fiscale consequenties van een betaling aan de vennootschap op basis van het op 15 december 2009 door de Tweede Kamer aangenomen amendement Tang/Irrgang bij het wetsvoorstel bv-recht. De Orde beseft dat het onderhavige wetsvoorstel beoogt dit amendement ongedaan te maken door het uit het wetsvoorstel bv-recht te halen, maar wijst op het op 1 juli 2010 ingediende nieuwe amendement Irrgang c.s. bij het onderhavige wetsvoorstel dat ertoe dient om de verwijdering van de bepalingen van het amendement Tang/Irrgang uit wetsvoorstel bv-recht te laten vervallen.

Vooropgesteld zij dat het kabinet ervan uitgaat dat de in het amendement Tang/Irrgang opgenomen regeling niet tot wet zal worden verheven, vanwege de daaraan verbonden juridische en praktische bezwaren en in het licht van de vervangende bepaling die is voorgesteld in het wetsvoorstel aanpassing en terugvordering van bonussen (Kamerstukken II, 32 512, nr. 2, artikel 135 lid 7). Ik verwijs naar hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt naar aanleiding van vragen van de leden van de SP-fractie over dit onderwerp in paragraaf 2 onder artikel 129 BW. Indien de in het amendement opgenomen regeling toch tot wet wordt verheven, is de staatsecretaris van Financiën bereid om, waar nodig, nadere duidelijkheid te bieden over de fiscale gevolgen hiervan onder de bestaande fiscale regelgeving.

#### *Bestaanbaarheid open commanditaire vennootschap*

De Orde heeft met verbazing kennisgenomen van de vijfde nota van wijziging bij het wetsvoorstel voor de Invoeringswet Titel 7.13, op grond waarvan dwingendrechtelijk de medewerking is vereist van alle vennoten voor de toetreding of vervanging van vennoten (Kamerstukken II 2009/10, 31 065, nr. 17).

De fiscale gevolgen van deze dwingendrechtelijke bepaling waren niet voorzien noch beoogd bij de vijfde nota van wijziging. Daarom wordt in de nota van wijziging bij dit wetsvoorstel voorgesteld dat de vermelding

van lid 1 in artikel 823 lid 5 komt te vervallen, waarmee lid 5 dezelfde redactie krijgt als het voor de vijfde nota van wijziging had. Ik verwijs verder naar de toelichting bij de nota van wijziging.

De minister van Veiligheid en Justitie,  
I. W. Opstelten