

Orde van Advocaten St. Maarten

“Nieuw vennootschapsrecht in Sint Maarten”

Woensdag 21 mei 2014 – Gerechtsgebouw, St. Maarten

Mr. K. Frielink

17.00 – 19.15 uur

Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Cariben. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@SpigtDC.com.

Waar hierna over het Burgerlijk Wetboek wordt gesproken betreft dat het BW van Sint Maarten (AB 2014, 11). Boek 2 BW is op 1 maart 2004 ingevoerd (toen nog als Boek 2 BW van de Nederlandse Antillen). De wijzigingen die vandaag worden besproken zijn op 1 april 2014 in werking getreden (AB 2014, 33). Op dezelfde datum is Titel 13 van Boek 7 BW (de Landsverordening personenvennootschap, AB 2014, 13) in werking getreden (AB 2014, 33). Ook die wordt vandaag (zij het kort) besproken.

Let er op dat de Memorie van Toelichting die bij beide landsverordeningen is “meegepubliceerd” in het Afkondigingsblad van Sint Maarten is geschreven voor het oorspronkelijke ontwerp dat dateert van begin 2010. De tekst van de wet is nadien op enkele, soms wezenlijke punten herzien. De wet en de toelichting sluiten dus niet in alle gevallen op elkaar aan. Het is dus zinvol de wet zelf tot uitgangspunt te nemen, hetgeen ook geldt ten aanzien van hetgeen hierna wordt opgemerkt. Er is zorgvuldigheid betracht, maar fouten kunnen uiteraard niet worden uitgesloten.

Samenvattend overzicht belangrijkste wijzigingen¹

(Sheet 2)

Rangorde

Van de bepalingen van Boek 2 BW kan slechts worden afgeweken in de statuten, in een vennootschappelijke overeenkomst (als bedoeld in art. 2:127/227 lid 3 BW), of in een reglement, en dat alleen voor zover dat uit de wet blijkt (vgl. art. 2:85 BW).

Daarbij gelden achtereenvolgens statuten, een vennootschappelijke overeenkomst en een reglement als een telkens lagere regeling (art. 2:1 lid 3 BW). Bepalingen van een lagere regeling zijn nietig voor zover zij leiden tot gevolgen die in strijd zijn met een hogere regeling (art. 2:1 lid 4 BW).

De nietigheid waarover het hier gaat kan partieel zijn. Het kan ook zijn dat de nietigheid slechts geldt voor het aan de orde zijnde geval, zodat de bepaling waar het om gaat alleen in dat concrete geval geen rechtsgevolg heeft. In de leden 5 en 6 van art. 2:1 BW is vastgelegd wanneer van 'statuten' en van een 'reglement' kan worden gesproken.

Omschrijving statuten en reglement

Onder statuten wordt hier verstaan: een uitdrukkelijk als "statuten" aangeduid document dat de fundamentele organisatieregels van de rechtspersoon bevat. In

¹ Als opvallende wijziging noem ik nog dat in de statuten de plaats in Sint Maarten waar de rechtspersoon haar zetel heeft, moet worden vermeld (artt. 2:51 lid 1 onder d., 2:71 lid 2 onder a. en 2:102/202 lid 1 BW). Voorts wijs ik er op dat uitgifte van beursgenoteerde aandelen, daaronder begrepen aandelen die onmiddellijk na de uitgifte tot een beursnotering worden toegelaten, nu ook kan geschieden overeenkomstig het bij die beurs gebruikelijke of door die beurs toegelaten systeem (artt. 2:104 lid 4 en 2:204 lid 2 BW).

de statuten is bijvoorbeeld vastgelegd welke organen er zijn (bestuur, RvC, algemene vergadering) en wat hun bevoegdheden en verplichtingen zijn. Bij de meeste rechtspersonen is notariële vastlegging van de statuten verplicht. Alleen voor de vereniging geldt een afzonderlijke regeling (vgl. artt. 2:4 lid 1; 2:70 lid 1 en 2:71 BW).

Onder reglement wordt hier verstaan: een door een orgaan van de rechtspersoon krachtens de wet of de statuten vastgesteld, uitdrukkelijk als “reglement” aangeduid document, dat nadere organisatieregels van de rechtspersoon bevat. Een *besluit* in strijd met een reglement is vernietigbaar op vordering van iemand die een redelijk belang heeft bij het voorschrift dat niet is nageleefd (art. 2:21 lid 3 onder c BW).

Vertegenwoordiging

Eerst iets over de bestuursbevoegdheid. Iedere rechtspersoon heeft een bestuur. Beperkingen van de bestuursbevoegdheid kunnen voortvloeien uit de wet, de statuten, een reglement of een vennootschappelijke overeenkomst. Individuele bestuurders oefenen hun bevoegdheden uit met inachtneming van de besluiten van het bestuur (art. 2:8 lid 2 BW).

Dan de vertegenwoordiging. Behoudens uit de wet of de statuten voortvloeiende beperkingen wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door het bestuur. Indien er meer bestuurders zijn wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door iedere bestuurder, voor zover de statuten niet anders bepalen (art. 2:10 lid 1 BW). Beperkingen van de bestuursbevoegdheid als bedoeld in art. 2:8 lid 2 BW strekken mede tot beperking van de daarmee samenhangende vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 2:10 lid 2 BW).

De wet stelt met dit laatste dus buiten twijfel dat beperkingen in de bestuursbevoegdheid doorwerken in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Bij

een beperking van de (in beginsel aan iedere) bestuurder toekomende vertegenwoordigingsbevoegdheid door een bestuursbesluit, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een besluit om een bepaalde transactie niet aan te gaan. Door een dergelijk besluit verliest de bestuurder de bevoegdheid om de rechtspersoon inzake die transactie te vertegenwoordigen.

Voor zover de statuten dit niet uitsluiten kan een (directe of indirecte) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden tegengeworpen aan een wederpartij die:

- (a) van de beperking op de hoogte was of zonder eigen onderzoek moest zijn, of
- (b) door raadpleging van het handelsregister op de hoogte kon zijn van de beperking (art. 2:10 lid 3 BW).

In beide gevallen is dus sprake van 'externe werking' van die beperkingen. Deze werking kan evenwel worden weggenomen door een door het bestuur of een bestuurder van de rechtspersoon aan de betrokken derde afgegeven schriftelijke verklaring dat de rechtspersoon geen beroep zal doen op enige of een bepaalde beperking (art. 2:10 lid 4 BW).

Bij 'op de hoogte kon zijn' (sub (b) hiervoor) is gedacht aan beperkingen waarvan onomwonden uit het handelsregister blijkt, zoals een 'meer handtekeningen clause' of een bepaling die voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen de voorafgaande goedkeuring van een vennootschapsorgaan eist.

Gaat het om een beperking in een niet gepubliceerd document (een reglement, of een vennootschappelijke overeenkomst bijvoorbeeld) of een niet openbaar gemaakt besluit van het bestuur of een ander orgaan, dan geldt die beperking niet als een beperking die valt onder sub (b), ook niet als uit de wel gepubliceerde gegevens is af te leiden dat er een regeling of besluit bestaat,

waaruit zulke beperkingen in beginsel zouden kunnen voortvloeien. Voor die gevallen geldt de sub (a) genoemde toets.

Een wederpartij mag afgaan op een door het bestuur of een bestuurder afgegeven schriftelijke verklaring dat de rechtspersoon geen beroep zal doen op enige of een bepaalde beperking als hiervoor bedoeld (art. 2:10 lid 4 BW). Het bestuur is in zijn verhouding tot een wederpartij verplicht om op schriftelijk verzoek van een wederpartij schriftelijk uitsluitsel te geven over de vraag of er sprake is van een dergelijke beperking en zo ja, wat de aard daarvan is. Iedere bestuurder is bevoegd om namens het bestuur een dergelijke verklaring af te geven (art. 2:10 lid 5 BW).

Voor de wederpartij is het namelijk van belang om in een relatief vroeg stadium zekerheid te krijgen over de vraag of een bekende of mogelijke beperking een belemmering voor het doorgaan van een (voorgenomen) transactie zal kunnen opleveren. Blijkt achteraf dat een bestuurder ten onrechte (of te voorbarig) een verklaring heeft afgegeven dat van enige beperking geen sprake is, dan kan hem in de verhouding tot de rechtspersoon eventueel onbehoorlijk bestuur worden verweten. Voor de geldigheid van de transactie maakt dat geen verschil, behoudens wellicht dat in een geval van samenspanning tussen de bestuurder en de wederpartij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden gedaan (art. 6:2 BW).

Tegenstrijdig belang

De regeling inzake het tegenstrijdig belang is grondig herzien en sterk ingekort. De hoofdregel luidt dat de bevoegdheid ter zake van rechtshandelingen met of rechtsgedingen tegen een bestuurder bij de RvC berust. Ontbreekt een RvC dan berust deze bevoegdheid bij de algemene vergadering of een voor dat geval door de algemene vergadering aan te wijzen persoon of college. Bij de stichting

geschiedt de aanwijzing door de rechter op verzoek van een belanghebbende (art. 2:11 lid 1 BW).

In de statuten kan van deze regeling worden afgeweken. Dat kan ook in een krachtens de statuten door de algemene vergadering vastgesteld reglement. Bij de stichting geldt dat een dergelijk reglement door een ander orgaan dan het bestuur moet zijn vastgesteld (art. 2:11 lid 2 BW).

Er wordt gesproken over 'de bevoegdheid' ter zake van specifieke handelingen met tegenstrijdig belang. Daaronder valt niet alleen de bevoegdheid om op dat punt besluiten te nemen, maar ook de bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Besluiten én vertegenwoordigingshandelingen die in strijd zijn met deze regeling zijn nietig. Indien en voor zover sprake is van werking tegen derden wordt deze bepaald door art. 2:22 lid 2 BW.

De wet laat statutenmakers volledig vrij de regeling geheel weg te schrijven of juist een andere, meeromvattende regeling te treffen, bijvoorbeeld door ook een regeling te maken voor kwalitatief of indirect tegenstrijdig belang. Voor de NV met een onafhankelijk RvC in de zin van art. 2:139 BW geldt dat niet van art. 2:11 lid 1 BW kan worden afgeweken (art. 2:140 lid 5 BW).

(Sheet 3)

Doeloverschrijding (*ultra vires*)

Wat betreft de stichting is, in afwijking van de andere rechtspersonen, bepaald dat een beroep op doeloverschrijding in de statuten niet kan worden uitgesloten (art. 2:13 lid 2 BW). Uitsluiting zou in strijd zijn met de aard van een stichting. De stichting wordt immers dikwijls in het leven geroepen door afzondering van een

bepaald vermogen voor een bepaald doel, dat niet kan worden gewijzigd, tenzij de statuten dat toelaten.

De regeling inzake doeloverschrijding is ook op een ander punt wezenlijk gewijzigd. Bepaald is dat krachtens een besluit van de algemene vergadering een rechtspersoon (die geen stichting is) een rechtshandeling, waardoor het doel werd overschreden, kan bevestigen dan wel afstand kan doen van een beroep op doeloverschrijding. Art. 10 lid 4 BW (het mogen afgaan op een door het bestuur of bestuurder afgelegde verklaring) is in dat geval van overeenkomstige toepassing (art. 2:13 lid 3 BW). Dat laatste geldt dus niet als het om een stichting gaat.

Het oorspronkelijke derde lid, waarin de bevoegdheid om een beroep op vernietiging te doen aan een vervaltermijn van zes maanden was gekoppeld, is geschrapt.

Bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement

De regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid is verbeterd. In geval van faillissement van de rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW).

Indien niet is voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:15 BW of de jaarrekening niet tijdig is of wordt opgemaakt, wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een openbare vennootschap (destijds VOF of CV) en niet voldaan is aan de verplichtingen uit art. 3:15i BW (destijds art. 3:15a BW).

Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Het enkele feit dat de tijdig opgemaakte jaarrekening niet voldoet aan de wettelijke of statutaire maatstaven is niet voldoende voor het intreden van de genoemde vermoedens (art. 2:16 lid 2 BW).²

De verplichting om een jaarrekening op te maken houdt niet in dat deze moet voldoen aan de wettelijke of statutaire inrichtingsvereisten. Ook wanneer in dat opzicht sprake is van een 'belangrijk' verzuim treden de bewijsvermoedens van art. 2:16 lid 2 BW niet automatisch in. De regeling mag anderzijds niet zo worden geïnterpreteerd dat ieder door het bestuur opgemaakt stuk waarboven 'jaarrekening' staat kan gelden als een jaarrekening. De in de opgemaakte jaarrekening aangetroffen gebreken mogen belangrijk zijn, maar het moet wel een stuk zijn dat redelijkerwijs, mede gelet op de aard van de onderneming, als een serieus opgemaakte jaarrekening kan worden beschouwd.³

Commissarissen

Het oorspronkelijke idee dat alleen in het dualistische (*two-tier*) bestuursmodel commissarissen kunnen zijn is losgelaten. Ook wanneer sprake is van een monistisch (ofwel: *one-tier*) bestuursmodel, met een algemeen bestuur en een

² Dat de 'boekhoudplicht' belangrijk is blijkt onder andere uit een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 april 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:3368). Indien de boekhoudplicht wordt geschonden, staat daarmee volgens het Hof het onbehoorlijk bestuur over de hele linie vast. Met andere woorden: daarmee staat niet slechts vast dat het bestuur de financiële administratie van de rechtspersoon onbehoorlijk heeft gevoerd, maar dat het de rechtspersoon over de gehele linie onbehoorlijk heeft bestuurd. Het is, aldus het Hof, dit onbehoorlijk bestuur dat wordt vermoed een belangrijke oorzaak voor het faillissement te zijn.

³ Er is overigens ook een regeling voor de vereenvoudigde goedkeuring van de jaarrekening ingevoerd. Als alle aandeelhouders tevens bestuurder van de NV of BV zijn, geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als goedkeuring, op voorwaarde dat alle vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met deze wijze van goedkeuring hebben ingestemd (artt. 2:135/235 lid 3 BW).

uitvoerend bestuur (art. 2:18 lid 1 BW), kan een Raad van Commissarissen in het leven worden geroepen. Dat vereist dan wel een duidelijke begrenzing van de (toezichthoudende) taken en bevoegdheden van met name de algemeen bestuurders en de commissarissen ten opzichte van elkaar.

Een rechtspersoon kan alleen commissaris bij een rechtspersoon zijn indien aan laatstgenoemde rechtspersoon géén onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden. Met andere woorden: dit kan alleen bij een niet-commerciële rechtspersoon (art. 2:19 lid 3 BW).

In de MvT wordt ingegaan op de vraag of een orgaan, dat materieel als een RvC functioneert, voor de toepassing van de wet als RvC heeft te gelden, ook al wordt dit orgaan in de statuten met een andere benaming (raad van toezicht, bijvoorbeeld) aangeduid. Deze vraag moet, blijkens de MvT, in beginsel bevestigend worden beantwoord. Dat is volgens mij ook altijd zo geweest.

Een mijns inziens meer wezenlijke vraag is, met name van belang bij de SPF, of het enkele feit dat een orgaan volgens de statuten belast is met de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten betekent dat het een toezichthoudende taak heeft en dus als een RvC heeft te gelden. In de MvT wordt deze vraag – terecht – ontkennend beantwoord. Goedkeuringsbevoegdheden worden in de praktijk ook toegedeeld aan organen die geen toezichthoudende taak uitoefenen, zoals de algemene vergadering, de vergadering van houders van prioriteitsaandelen, een openbaar lichaam, of een Raad van Advies. Het uitoefenen van goedkeuringsbevoegdheden is op zichzelf ook niet als “medebestuur” of “medebeleidsbepaling” in de zin van de artt. 2:16, 2:138 of 2:238 BW aan te merken, aldus de MvT. Met deze toelichting is duidelijkheid verschaft die vooral voor de bij de SPF veelvuldig voorkomende Raad van Advies van belang is.

Deze Raad van Advies, indien niet met toezicht belast maar alleen met goedkeuring van bepaalde besluiten, is niet als een RvC aan te merken en de

leden daarvan hoeven dan ook niet in het handelsregister te worden ingeschreven. Dat de Raad van Advies (bepaalde) besluiten moet goedkeuren levert voor het bestuur van de rechtspersoon een beperking op van de bestuursbevoegdheid als bedoeld in art. 2:10 lid 2 BW.

Elektronische communicatie

Met een schriftelijke uiting als bedoeld in Boek 2 BW zijn gelijkgesteld: een uiting gedaan per exploat, telegram, telex, telefax, e-mail of ander tekst overbrengend communicatiemiddel. De wet laat nu toe dat het gebruik hiervan in de statuten wordt beperkt (art. 2:36 lid 1 BW).

De gedachte daarachter is dat elektronische communicatiemiddelen niet altijd betrouwbaar zijn. Mede hierom blijkt in de praktijk behoefte te bestaan aan de mogelijkheid het gebruik daarvan te beperken. Zo kan bijvoorbeeld het bijeenroepen van een algemene vergadering door middel van het per e-mail versturen van de oproeping statutair worden uitgesloten.

(Sheet 4)

De grote rechtspersoon

De regeling gold voor de grote NV als aan bepaalde criteria is voldaan (art. 2:119 lid 2 BW): dat blijft zo. De regeling gold voor de NV met een onafhankelijke Raad van Commissarissen (art. 2:143 lid 1 BW): dat blijft zo. De regeling gold voor (de gewone) NV en BV ingeval van vrijwillige toepassing (artt. 2:119 lid 3 en 2:219 BW): dat blijft zo. De regeling geldt nu ook voor grote stichting met een onderneming (art. 2:58 BW), de grote vereniging met een onderneming (art. 2:89 lid 3 BW) en de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:94 lid 7 BW).

De regeling is dus ook van toepassing verklaard op de vereniging en stichting waaraan een onderneming is verbonden: dus is het bijzondere regime nu van toepassing op alle commerciële rechtspersonen als aan de criteria is voldaan.

(Sheet 5)

Een NV is groot als aan drie criteria is voldaan. Kort gezegd: minimaal 20 fulltime werknemers, waarde activa minimaal ANG 5 miljoen en een netto-omzet van minimaal ANG 10 miljoen (art. 2:119 lid 2 BW).

Wat zijn de gevolgen van toepassing van dit regime? Onder andere striktere regels inzake de jaarrekening (jaarrekening moet worden opgesteld volgens de door de International Accounting Standards Board vastgestelde normen; art. 2:120 lid 3 BW); er is een inzagerecht voor belanghebbenden inzake de jaarrekening (art. 2:122 lid 1 BW) en het bestuur moet ook een jaarverslag opstellen (art. 2:120 lid 5 BW).

In dat jaarverslag moet het bestuur nader op de gang van zaken in het afgelopen boekjaar ingaan, mededelingen doen over de te verwachten gang van zaken en ingaan op die gebeurtenissen waarmee in de jaarrekening geen rekening behoefde te worden gehouden, maar die wel van belang zijn voor de toekomstverwachtingen (bijvoorbeeld het zoeken naar een strategische partner en de kans op het slagen daarvan of het na de balansdatum instorten van de markt waarop de rechtspersoon actief is). Tenslotte is de grote rechtspersoon verplicht een externe deskundige (accountant) in te schakelen (art. 2:121 BW).

(Sheet 6)

Statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard

Er is een nieuw art. 2:108a/208a BW ingevoerd. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om in de statuten van een NV of BV met betrekking tot alle aandelen op naam, of alle aandelen op naam van een bepaalde soort, bepalingen op te nemen die verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard jegens de vennootschap, jegens derden of tussen aandeelhouders onderling aan het aandeelhouderschap verbinden.

Een besluit tot wijziging van de statuten, waardoor een bepaling van verbintenisrechtelijke aard wordt ingevoerd, gewijzigd of afgeschaft, kan slechts tot stand komen met de uitdrukkelijke instemming van alle aandeelhouders en alle stemgerechtigden (art. 2:108a/208a lid 3 BW). Hier is dus unanimititeit vereist.

Met de uitdrukkelijke instemming van alle aandeelhouders en alle stemgerechtigden kan ook laatstgenoemde regeling worden gewijzigd, tenzij het gaat om een verplichting als bedoeld in art. 2:102 lid 5 BW. Met andere woorden: er kan van de wettelijke beschermingsregeling worden afgeweken (waardoor geen unanimititeit is vereist), tenzij het gaat om een bepaling waarin is vastgelegd dat houders van alle aandelen op naam, of van alle aandelen op naam van een bepaalde soort, persoonlijk aansprakelijk zijn, al dan niet hoofdelijk, voor bepaalde of alle schulden van de vennootschap.

(Sheet 7)

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan verplichtingen van coöperatieve aard, of een verplichting om geen concurrerende handelingen te verrichten, of een verplichting om een aandeelhoudersovereenkomst of een vennootschappelijke overeenkomst aan te gaan.

Voorts kan worden gedacht aan de verplichting tot het verschaffen van bepaalde informatie of de verplichting tot het tezamen met de rechtspersoon met derden contracteren in duidelijk omschreven gevallen.

(Sheet 8)

De vennootschappelijke overeenkomst

Aandeelhouders kunnen hun onderlinge verhouding en de wijze waarop zij hun bevoegdheden als aandeelhouder uitoefenen nader regelen in een (gewone) aandeelhoudersovereenkomst (art. 2:127/227 lid 2 BW). Dat kon altijd al.

De statuten kunnen echter bepalen dat de vennootschap kan toetreden tot een vennootschappelijke overeenkomst (art. 2:127/227 lid 3 BW). Dat is een overeenkomst met “vennootschappelijke werking”. Anders gezegd: de status van een dergelijke overeenkomst is te vergelijken met die van de statuten.

Voorbeeld: als in een gewone aandeelhoudersovereenkomst een blokkering inzake de overdracht van aandelen is opgenomen en de aandeelhouder houdt zich daar niet aan, dan pleegt de aandeelhouder wanprestatie, maar is de overdracht (in beginsel) geldig. Is een dergelijke blokkering in een vennootschappelijke overeenkomst opgenomen dan is sprake van goederenrechtelijke werking en de overdracht dus (in beginsel) nietig.

Van een vennootschappelijke overeenkomst wordt pas gesproken als sprake is van een overeenkomst tussen de vennootschap en haar aandeelhouders waarbij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a. de overeenkomst wordt schriftelijk vastgelegd en daarbij aangeduid als “vennootschappelijke overeenkomst”;
- b. behalve de vennootschap zijn alle aandeelhouders daarbij partij;

- c. de statuten bepalen uitdrukkelijk dat aandeebewijzen aan toonder en schuldbrieven aan toonder niet kunnen worden afgegeven.

Een vennootschappelijke overeenkomst is een overeenkomst, zodat voor wijziging daarvan de instemming van alle partijen is vereist (dus ook van de vennootschap en de minderheidsaandeelhouders met een gering belang), tenzij in de overeenkomst anders is overeengekomen. Voor een statutenwijziging is doorgaans géén unanimititeit vereist. Het is dan ook van belang bij het redigeren van een dergelijke overeenkomst steeds de vraag te stellen of het wel wenselijk is een onderwerp in de overeenkomst of in de statuten te regelen.

Bepalingen die met toepassing van art. 2:1 lid 3 BW (het gaat daar om bepalingen waarin wordt afgeweken van de wettelijke hoofdregel of daaraan iets wordt toegevoegd) in de statuten kunnen worden opgenomen, kunnen met hetzelfde rechtsgevolg worden opgenomen in een vennootschappelijke overeenkomst, voor zover niet anders uit de wet, de statuten of de overeenkomst voortvloeit (art. 2:127/227 lid 4 BW).

Dit betekent bijvoorbeeld dat een volgens de vennootschappelijke overeenkomst als bestuurder aangewezen persoon – vgl. art. 2:136/236 lid 1 BW – vennootschapsrechtelijk als bestuurder heeft te gelden. Het betekent ook dat een bepaling in een vennootschappelijke overeenkomst, waarbij de bevoegdheid om tot aandelenemissie te besluiten aan het bestuur of de raad van commissarissen wordt toegedeeld ook vennootschapsrechtelijk rechtsgeldig is, zodat een daarop gebaseerd besluit tot uitgifte tot een rechtsgeldige uitgifte kan leiden. En het betekent ook, zoals we zagen, dat een aandelenoverdracht die in strijd is met een “blokkeringsregeling” in de vennootschappelijke overeenkomst niet rechtsgeldig is.

Bepalingen in een dergelijke overeenkomst zijn nietig voor zover zij leiden tot gevolgen die in strijd zijn met de wet of de statuten (art. 2:127/227 lid 10 BW).

Van het boekjaar als kalenderjaar kan in een dergelijke overeenkomst alleen worden afgeweken, als dat op gelijke wijze in de statuten gebeurt. Voor het instellen van een monistisch bestuursmodel of een RvC geldt hetzelfde. Dat geldt evenzeer voor (onder meer) het creëren van verschillende soorten aandelen, het al dan niet toekennen van een nominale waarde, of verschillende nominale waarden, al dan niet in verschillende valuta, het creëren van onderaandelen, het instellen van een onafhankelijke RvC (art. 2:127/227 lid 8 BW).

Het bestuur doet ten kantore van het handelsregister opgaaf van het bestaan en het tenietgaan van een vennootschappelijke overeenkomst (art. 2:127/227 lid 9 BW); niet is dus vereist dat een exemplaar van de overeenkomst zelf wordt gedeponereerd.

Geldt binnen een NV of BV een vennootschappelijke overeenkomst, dan geldt het verkrijgen van het aandeelhouderschap in die vennootschap mede als het toetreden als partij tot die overeenkomst. Verliest een aandeelhouder zijn aandeelhouderschap dan verliest hij daarmee zijn positie als partij bij de vennootschappelijke overeenkomst (art. 2:127/227 lid 5 BW).

De overeenkomst wordt namens de NV of BV aangegaan door het bestuur met voorafgaande goedkeuring van de RvC (als die er is). Zij wordt ondertekend door alle bestuurders en mede ondertekend door alle commissarissen; ontbreekt een handtekening dan wordt aan de voet van de overeenkomst de reden daarvoor vermeld (art. 2:127/227 lid 6 BW).

(Sheet 9)

Vergaderrecht

Nieuw in Boek 2 BW is het begrip “vergaderrecht” in de artt. 2:129/229 BW. In lid 1 wordt aangegeven dat het hier gaat om het recht om de algemene vergadering van de NV of BV bij te wonen, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde.

Dat vergaderrecht komt toe aan:

- (a) iedere aandeelhouder,
- (b) iedere stemgerechtigde,
- (c) iedere bestuurder en
- (d) iedere commissaris.

De statuten kunnen het vergaderrecht ook aan andere personen toekennen. Bij stemgerechtigden die geen aandeelhouder zijn moet men in de eerste plaats denken aan vruchtgebruikers en pandhouders aan wie het stemrecht toekomt. Ook is denkbaar dat aan bijvoorbeeld obligaties (schuldbrieven) (enig) stemrecht is verbonden, of zelfs dat aan een derde ten aanzien van een of meer bepaalde onderwerpen stemrecht is toegekend.

De vraag is welke positie houders van certificaten innemen, zowel ingeval van bewilligde als van niet-bewilligde certificaten. De wet kent hen als zodanig géén vergaderrechten toe, maar verschaft wel de basis voor een daartoe strekkende statutaire bepaling. De praktijk zal moeten uitwijzen welke rechten zij zonder (specifieke) statutaire basis hebben. In ieder geval moet worden aangenomen dat certificaathouders hebben te gelden als personen die een redelijk belang kunnen hebben bij een vordering tot vernietiging van een besluit van een orgaan van een NV of BV wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijk redelijk belang (als bedoeld in art. 2:21 lid 3 BW) hebben zij in ieder geval wanneer het gaat om een dividendbesluit dat niet of onvoldoende rekening houdt

met hun belangen (als de uiteindelijke kapitaalverschaffers en de uiteindelijk economisch gerechtigden tot de aandelen).

Besluitvorming buiten vergadering

Een besluit van de algemene vergadering kan ook tot stand komen door schriftelijke stemuitbrenging buiten vergadering, mits er geen aandelen aan toonder in omloop zijn en alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd (art. 2:135/235 lid 1 BW).

Niet is vereist dat alle vergadergerechtigden vóór het besluit hebben gestemd. Wel moeten de stemmen schriftelijk worden uitgebracht (kan ook elektronisch) en moeten alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. Vergeet niet dat bestuurders en commissarissen ook in dit geval een raadgevende stem hebben; zij moeten in de gelegenheid worden gesteld die uit te brengen op straffe van aantastbaarheid van het besluit (art. 2:132/232 lid 3 BW).

Géén stemgerechtigden

Het kan voorkomen dat een algemene vergadering van een NV of BV niet kan functioneren omdat ten aanzien van een essentieel onderwerp of zelfs van alle onderwerpen geen stemmen kunnen worden uitgebracht. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat niemand weet wie de aandeelhouder is, of dat het stemrecht van een aandeelhouder is geschorst, of dat de (voor het aan de orde zijnde onderwerp relevante) aandelen om niet aan de vennootschap zijn overgedragen.

De wet bepaalt daarom dat indien ten aanzien van een voorgenomen besluit van de algemene vergadering voor geen van de aandelen stem kan worden uitgebracht, het bestuur beslist. De statuten kunnen een andere regeling bevatten. Deze regeling kan inhouden dat de beslissing wordt opgedragen aan

een ander orgaan of een derde. Een dergelijke statutaire regeling blijft buiten toepassing wanneer deze er niet toe leidt dat binnen een redelijke termijn een besluit tot stand komt. Uiteraard moet het bestuur zo veel mogelijk bevorderen dat een toestand waarin géén stem kan worden uitgebracht wordt voorkomen of hersteld (art. 2:135a/235a BW).

Ontbreken ook alle bestuurders dan moet blijkens de MvT de oplossing worden gevonden worden in de regeling van de zaakwaarneming. Een afwijkende statutaire regeling is mogelijk.

(Sheet 10)

De aandeelhouder-bestuurde vennootschap

De variant aandeelhouder-bestuurde vennootschap kennen we alleen bij de BV (art. 2:239 e.v. BW). Deze rechtsvorm was primair bedoeld als een eenvoudig functionerend model voor de éénpersoonsvennootschap (met één bestuurder die ook enig aandeelhouder is) of voor de wat kleinere vennootschap onder firma-achtige samenwerkingssituaties waarvoor een BV werd gebruikt. Het idee was om de betrokkenen niet teveel met formaliteiten te confronteren, bijvoorbeeld met de vraag wanneer men als bestuurder dan wel als aandeelhouder aan het vergaderen is en besluiten neemt.

De hoofdregel is dat alle aandeelhouders gelden als bestuurder (art. 2:240 lid 1 BW). Bestuurders kunnen dus niet als zodanig worden benoemd. Op de hoofdregel dat alle aandeelhouders als bestuurder gelden is een beperkt aantal uitzonderingen: de belangrijkste is dat geen bestuurder is degene die de aandelen krachtens overgang van rechtswege heeft verkregen (denk aan de erfgenaam of aan een juridische fusie). Een andere voor de hand liggende uitzondering is het geval dat de BV aandelen in haar eigen kapitaal houdt.

Iedere bestuursvergadering geldt tevens als vergadering van aandeelhouders en omgekeerd (art. 2:241 lid 1 BW). Daarmee staat vast dat in iedere vergadering elk onderwerp aan de orde kan komen, zodat men zich niet telkens hoeft af te vragen in wat voor vergadering men zit. Dat wil niet zeggen dat dus over ieder onderwerp meteen rechtsgeldig kan worden beslist. Dat hangt er vanaf of aan de wettelijke en statutaire oproepings- en besluitvormingsvoorschriften is voldaan. Voor vergaderingen en besluiten van de algemene vergadering geeft de wet een aantal voorschriften, voor bestuursvergaderingen en bestuursbesluiten niet. Het aantal formaliteiten is beperkt, zodat doorgaans op vrij informele wijze kan worden vergaderd en besluitvorming tot stand kan komen. De grens tussen besluiten in en buiten vergadering is daardoor wat vager geworden.

(Sheet 11)

Het recht van enquête

“Het Antilliaanse enquêterecht wordt om die reden dan ook wel tandoos genoemd. Gelet op de in de praktijk bestaande behoefte aan een adequaat enquêterecht, ware het te overwegen om de wettelijke regeling aan te passen.”

(K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, 1^e druk 2003, par. 2.7)

“Het ware te overwegen om bij een toekomstige herziening van Boek 2 BW ook een, met de in Nederland geldende vergelijkbare, enquêteregeling in het leven te roepen. In de praktijk bestaat daaraan behoefte.”

(K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, 2^e druk 2006, par. 2.5.2)

Tot de invoering van Boek 2 BW op 1 maart 2004 bestond het recht van enquête in de Nederlandse Antillen. Dat recht was geregeld in de artt. 132 e.v. Wetboek

van Koophandel en zag op de NV. Voor de BV (ingevoerd op 1 januari 2000) gold die regeling niet. Er zaten nog enkele andere nadelen aan die regeling, waaronder: (i) van het recht van enquête kon alleen gebruik worden gemaakt in geval van toonderaandelen en niet bij aandelen op naam, tenzij de statuten anders mochten bepalen en (ii) in de wet waren geen expliciete sancties opgenomen die de rechter zou kunnen toepassen wanneer de uitkomst van het onderzoek daartoe aanleiding zou hebben gegeven. Het Antilliaanse enquêterecht werd om die reden dan ook wel tandoos genoemd.

Met de invoering van Boek 2 BW in de Nederlandse Antillen verdween het recht van enquête, op één kleine uitzondering na, namelijk de mini-enquête inzake de stichting en de Stichting Particulier Fonds (SPF).

In Curaçao is het recht van enquête met ingang van 1 januari 2012 grondig herzien, en voor Sint Maarten met ingang van 1 april 2014. De wet bepaalt nu dat het Hof een of meer onderzoekers kan benoemen met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij de rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een bepaald gedeelte of gedurende een bepaald tijdvak (art. 2:271 lid 1 BW).

Desgevraagd kan het Hof bepalen dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot het beleid en de gang van zaken bij een nauw verbonden rechtspersoon, mits deze als belanghebbende is opgeroepen (art. 2:271 lid 2 BW). Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan: (i) dochtermaatschappijen en groepsmaatschappijen (al dan niet in het buitenland); (ii) een stichting die houdster is van alle aandelen van een NV of BV (bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor) en (iii) een NV of BV die optreedt als beherend vennoot van een uit rechtspersonen bestaande contractuele vennootschap (bijvoorbeeld, zoals die voorheen werd genoemd, een vennootschap onder firma).

Het zal van de feitelijke omstandigheden en het internationale recht afhangen of en in hoeverre buitenlandse rechtspersonen in het onderzoek kunnen worden betrokken. Binnen het Koninkrijk zal dat doorgaans geen probleem zijn: zie OK 18 augustus 2005, JOR 2005, 271 inzake Huijzer Holding vs Dubbelhuis en De Olde Molen en HR 13 mei 2005, JOR 2005, 147 inzake Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao.

Een enquête kan overigens niet tegen (het filiaal alhier van) een buitenlandse rechtspersoon worden ingesteld. Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden zijn in dit verband ten opzichte van elkaar als buitenland aan te merken. In Sint Maarten kan dus niet (met succes) een enquêteverzoek worden ingediend tegen een NV of BV die is gevestigd in Curaçao of Bonaire (of een VBA op Aruba), ook niet als die NV of BV (of VBA) een filiaal (bijkantoor) in Sint Maarten heeft.

Het doel van een enquêteprocedure is gericht op:

- sanering en/of
- herstel van gezonde verhoudingen en/of
- het verkrijgen van opening van zaken⁴ alsmede
- de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid

(Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 728). Van het bestaan van de enquêteprocedure en met name ook de wijze waarop dat instrument in de praktijk wordt toegepast, kan – zeker waar het betreft de betrokken partijen in een concrete zaak – een zekere preventieve werking uitgaan.

Uitgangspunt van Boek 2 BW is dat aan bestuurders van een rechtspersoon een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt. In het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid komt dat uitgangspunt tot uitdrukking in het feit dat daarvan pas sprake is ingeval van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’. Een

⁴ HR 10 september 2010, JOR 2010, 304 inzake LCI Technology Group.

investering die jammerlijk is mislukt en de rechtspersoon schade heeft berokkend, leidt dus niet automatisch tot aansprakelijkheid van de bestuurders die tot die investering hebben besloten. Voor het enquêterecht geldt dezelfde benadering. Het moet goed fout zijn gegaan of dreigen te gaan, alvorens door middel van het enquêterecht kan worden ingegrepen.

Van 'wanbeleid' in het kader van het enquêterecht is sprake bij een zodanig ernstige schending van de vennootschapsrechtelijke normen, dat er strijd is met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 790). Het moet dus gaan om zeer ernstig tekortschietend beleid.

Het beslechten of onderzoeken van de achtergronden van geschillen van uitsluitend vermogensrechtelijke aard behoort niet tot de doeleinden van het enquêterecht (HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 inzake Unilever). Het enquêterecht kan dus niet worden gebruikt om uitsluitend informatie te vergaren waarvan wordt gehoopt dat die kan dienen ter schraging van een vordering tot schadevergoeding. Dat ligt dan weer anders als het enquêteverzoek ook de positie van de rechtspersoon en het functioneren van zijn organen raakt, en daarvan zal toch al gauw sprake kunnen zijn. De uitoefening van een optie op preferente beschermingsaandelen door een Stichting Continuïteit kan evenmin worden getoetst in een enquêteprocedure.⁵

Bevoegde rechter: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (art. 2:271 BW). Ondanks de staatkundige herziening is er nog steeds één Gemeenschappelijk Hof. Er wordt in de wet niet een bijzondere kamer gelijk aan de ondernemingskamer in het leven geroepen. Het Hof zal er ongetwijfeld voor zorgen dat er steeds één of meer in het enquêterecht geverseerde rechters op een zaak zitten, zodat de voor dit soort procedures noodzakelijke ervaring en expertise aanwezig is en

⁵ HR 9 juli 2010, JOR 2010, 228 inzake ASMI.

behouden blijft. Verstekverlening en hoger beroep zijn niet mogelijk, beroep in cassatie wel. De rechtspersoon zelf is in alle gevallen bevoegd beroep in cassatie in te stellen (art. 2:286 BW).

(Sheet 12)

Voordat we aan de meer droge kant van het verhaal beginnen, aan wat voor soort geschillen moeten we denken als het gaat om de toepassing van het enquêterecht? Een paar willekeurige voorbeelden ter illustratie,⁶ waarbij ik nog even in het midden laat of en door wie een enquêteverzoek kan worden ingediend:

- U bent minderheidsaandeelhouder in een NV en de meerderheid in de algemene vergadering benoemt iemand tot enig bestuurder die volstrekt niet geëquipeerd is om deze functie behoorlijk uit te oefenen.
- Als aandeelhouder constateert u dat de bestuurder privétransacties verricht met de vennootschap, waarover hij geen uitleg (aan de algemene vergadering)⁷ wil geven en die mogelijk ook nog eens ten detrimente van de rechtspersoon zijn.
- De rechtspersoon voert een ondeugdelijke administratie.
- U bent bestuurder van een BV en de Raad van Commissarissen weigert stelselmatig goedkeuring te geven voor de rechtshandelingen die u wilt aangaan en waarvoor u toestemming van deze Raad nodig hebt.
- Als minderheidsaandeelhouder krijgt u al jaren geen of zeer weinig dividend uitgekeerd, omdat de meerderheidsaandeelhouder u niet mag, terwijl de vermogenspositie van de vennootschap een hogere uitkering makkelijk toelaat.

⁶ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 413-416.

⁷ HR 9 juli 2010, JOR 2010, 228 inzake ASMI. De Hoge Raad wijst er op dat de wet bepaalt dat het bestuur en de RvC gehouden zijn, behoudens zwaarwichtige redenen, om aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen te verschaffen. De Hoge Raad overweegt voorts dat iedere aandeelhouder ter vergadering zelfstandig het recht heeft om vragen te stellen – ongeacht of deze betrekking hebben op punten die op de agenda zijn vermeld – en dat de vennootschap die vragen dient te beantwoorden.

- Het bestuur van de rechtspersoon neemt te grote financiële risico's en zet daarmee de continuïteit op het spel.
- De voorzitter van de Raad van Commissarissen heeft een nogal actieve taakopvatting en is alle werkdagen aanwezig in het kantoor van de vennootschap of de commerciële vereniging, vraagt continu stukken op en bemoeit zich intensief met de dagelijkse gang van zaken, waardoor u als bestuurder niet normaal kunt functioneren.
- Door allerlei ruzies bestaat er een *deadlock*-situatie in een orgaan van de rechtspersoon (een tweespalt waardoor de rechtspersoon vleugellam wordt gelegd).⁸

(Sheet 13)

Het recht van enquête is van toepassing op en beperkt tot de volgende in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen (art. 2:270 BW):

- (Commerciële) stichting
- Stichting Particulier Fonds (SPF)⁹
- (Commerciële) vereniging
- Coöperatie
- Onderlinge waarborgmaatschappij
- Naamloze vennootschap
- Besloten vennootschap

⁸ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 425.

⁹ Een SPF mag uitkeringen doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen en aan anderen (art. 2:50 lid 4 BW). Het doel van een SPF mag niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf (art. 2:50 lid 6 BW).

Bevoegd tot indienen enquêteverzoek (art. 2:272 BW):

- Commerciële stichting: iedere belanghebbende
Een stichting is commercieel als daaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden.¹⁰ Voor wat betreft de bevoegdheid in het kader van het recht van enquête is voldoende dat in de periode van drie jaar voorafgaande aan de indiening van het verzoek “*op enig tijdstip*” een onderneming aan de stichting heeft toebehoord.
- OWM/Coop/Commerciële vereniging: minimaal 10% van de leden
De onderlinge waarborgmaatschappij en de coöperatie zijn per definitie commerciële verenigingen. Voor de overige verenigingen geldt dat die als commercieel worden aangemerkt als daaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden. Ook hier geldt voor wat betreft de bevoegdheid in het kader van het recht van enquête dat het voldoende is dat in de periode van drie jaar voorafgaande aan de indiening van het verzoek “*op enig tijdstip*” een onderneming aan de vereniging heeft toebehoord.
- De niet-commerciële vereniging of stichting: het openbaar ministerie, de curator en degenen aan wie dit recht is toegekend
Dit volgt m.i. uit de letterlijke tekst van de wet. Zie art. 2:272 lid 2 BW, waarover later meer (zie overigens ook art. 2:54 e.v. BW voor interventiemogelijkheden voor het openbaar ministerie).

¹⁰ Van een onderneming kan (bijvoorbeeld) worden gesproken wanneer er sprake is van een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen, waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Ik hanteer doorgaans deze omschrijving: een onderneming is een organisatie van mensen en (kapitaal)middelen, die duurzaam aan het economisch verkeer deelneemt en een winstoogmerk heeft.

- NV/BV: aandeelhouders die (alleen of tezamen) minimaal 10% van het eigen vermogen vertegenwoordigen of minimaal 10% van het aantal stemmen ten aanzien van alle onderwerpen kunnen uitbrengen

De omvang van het eigen vermogen moet worden vastgesteld aan de hand van de verslaggevingsregels die op de jaarrekening van toepassing zijn (US GAAP, Dutch GAAP, IFRS). Het gaat bij het begrip 'eigen vermogen' in Boek 2 BW immers om het bedrijfseconomische eigen vermogen zoals dat uit de jaarrekening blijkt. Denk er in dat verband aan dat bijvoorbeeld bepaalde preferente aandelen onder het ene stelsel als 'eigen vermogen' gelden (GAAP) en onder het andere stelsel als 'vreemd vermogen' (IFRS). In dat laatste geval tellen deze aandelen dus niet mee bij het bepalen of de grens van 10% wordt gehaald.

In de MvT van het ontwerp staat inzake de minimumgrens van 10% van het eigen vermogen: *“In gevallen waarin alle aandelen een nominale waarde hebben komt dit op het zelfde neer als een berekening die uitgaat van het geplaatste kapitaal”*. Met dit laatste wordt naar de Nederlandse situatie verwezen. Dat zal meestal ook zo zijn, maar men zij bedacht op het bijzondere geval dat ik net noemde, namelijk dat sommige preferente aandelen (met een nominale waarde) onder de IFRS als vreemd vermogen worden aangemerkt.

Wanneer sprake is van één soort aandelen (waaraan dus gelijke rechten zijn verbonden), is het natuurlijk eenvoudig vast te stellen of aan de grens van 10% van het eigen vermogen is voldaan. Als sprake is van meerdere soorten aandelen – bijvoorbeeld naast gewone aandelen ook gelijksoortige aandelen met als extraatje bijzondere zeggenschapsrechten (prioriteitsaandelen) – dan zal dat in de praktijk ook geen probleem opleveren, omdat die in alle gevallen eigen vermogen vertegenwoordigen. Zijn er alleen gewone aandelen, maar met verschillende nominale

waarden, dan is het 'aandeel' (in de zin van percentage) van elk afzonderlijk aandeel in het eigen vermogen simpel uit te rekenen.

Naast het voldoen aan de eigen vermogensgrens van 10%, kan de bevoegdheid tot indiening van een enquêteverzoek ook worden ontleend aan de zeggenschapsgrens van 10%. Het gaat daarbij om aandelen zonder enige beperking wat betreft zeggenschap. Houders van (alleen) stemrechtloze aandelen, of van aandelen waaraan alleen zeggenschap ten aanzien van bepaalde onderwerpen is verbonden, kunnen een dergelijk verzoek dus niet indienen. Datzelfde geldt voor pandhouders en vruchtgebruikers aan wie stemrecht is toegekend, omdat zij geen aandeelhouder zijn.

- Openbaar ministerie al dan niet op verzoek van een belanghebbende op dringende gronden

Het openbaar ministerie (OM) is bevoegd tot indiening van een verzoek om redenen van openbaar belang. Een door het OM in te dienen verzoek moet op objectieve gronden te rechtvaardigen zijn, hetgeen uiteraard door het Hof wordt getoetst, omdat een verzoek slechts wordt toegewezen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:274 lid 1 BW).

Het OM kan, ter voorbereiding op een enquêteverzoek, een of meer deskundige personen belasten met het inwinnen van inlichtingen over het beleid en de gang van zaken bij de rechtspersoon. De rechtspersoon is verplicht die inlichtingen te verschaffen en desgevraagd ook inzage in zijn boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te geven aan die deskundigen (art. 2:272 lid 3 BW).

- De curator in geval van faillissement van de rechtspersoon

De curator heeft op grond van het *Faillissementsbesluit 1931* reeds ruime bevoegdheden tot het (doen) verrichten van onderzoek. Hij kan echter behoefte hebben aan onderzoek dat door ter zake meer deskundige personen wordt verricht alsmede aan de mogelijkheid om via de regeling van het enquêterecht bepaalde voorzieningen te laten treffen, in het bijzonder de vernietiging van besluiten (art. 2:283 onder b. BW) of om het onderzoek zich te laten uitstrekken tot met de failliete rechtspersoon nauw verbonden rechtspersonen.

Voor het indienen van een enquêteverzoek heeft de curator m.i. toestemming van de rechter-commissaris. Dat in art. 2:272 lid 2 aanhef en onder b. BW is bepaald dat de curator 'steeds bevoegd' is, betekent m.i. slechts dat aan de uitoefening van deze bevoegdheid door Boek 2 BW geen nadere eisen worden gesteld. Dit laat echter de bepalingen van het *Faillissementsbesluit 1931* onverlet.

Wanneer de curator een enquêteverzoek instelt blijft het bestuur bevoegd om namens de rechtspersoon verweer te voeren (vgl. HR 19 mei 1999, NJ 1999, 670 inzake De Haan).

- Degenen aan wie deze bevoegdheid in de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon is gegeven

In Nederland bestaat eenzelfde bepaling (art. 2:346 onder c. Ned-BW). Die bevoegdheid kan niet worden gegeven aan de rechtspersoon die zelf voorwerp van onderzoek zal zijn (HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29 inzake De Vries Robbé).

Wie worden in het wetsvoorstel niet genoemd? De houders van certificaten van aandelen die al dan niet met medewerking van de NV of BV zijn uitgegeven. Het administratiekantoor (doorgaans een stichting) houdt de aandelen in de NV of BV

ten titel van beheer (ook wel administratie genoemd). De (werkelijke) kapitaalverschaffers zijn de certificaathouders. In de huidige tekst worden zij buitengesloten, omdat ze geen aandeelhouders zijn (en dat is vereist om aan de grens van 10% eigen vermogen of zeggenschap te voldoen).¹¹ In Nederland is het criterium op basis van de rechtspraak of iemand (voor minimaal 10%) economisch gerechtigde is. Verdedigd zou kunnen worden dat de regeling hier overeenkomstig geïnterpreteerd moet worden. Daartegenover kan worden gesteld dat de wetgever, die bekend is met het Nederlandse recht, kennelijk (zij het impliciet) kiest voor een andere benadering.

(Sheet 14)

De verzoekers en het OM zijn niet ontvankelijk indien niet blijkt dat zij tevoren schriftelijk hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en, zo die er is, de RvC, en sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen¹² (art. 2:273 BW; art. 2:349 lid 1 Ned-BW).¹³

¹¹ In Nederland worden de certificaathouders genoemd in art. 2:346 onder b. Ned-BW. Zie daarover ook HR 10 september 2010, NJ 2010, 665 inzake Butôt m.nt. Van Schilfgaarde en Perrick.

¹² Alleen aan de vennootschap komt de bevoegdheid toe zich op dit verweer te beroepen. Zie de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 25 september 2013 (Ghis 63707 - HAR 255/13). Het Hof overwoog in dat verband ook dat gelet op de gang van zaken rond een tweetal aandeelhoudersvergaderingen, waarin de benoeming van een bestuurder aan de orde was, het bezwaar tegen de benoeming van een bepaalde bestuurder kenbaar was voor de vennootschap en dat daarmee aan de strekking van art. 2:273 BW is voldaan.

¹³ Het onderzoek zelf kan overigens onder omstandigheden ook betrekking hebben op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de datum van indiening van het verzoek (HR 9 juli 2010, JOR 2010, 228 inzake ASMI). In een Curaçaose zaak oordeelde het Hof over feiten die zich hadden voorgedaan vóór de invoering van de enquêteregeling op 1 januari 2012. In de beschikkingen van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 29 juni 2012 en 5 maart 2013 (Ghis 55769 – HAR 28/12) is geoordeeld dat het Curaçaose enquêterecht ook betrekking kan hebben op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de invoering van de enquêteregeling op 1 januari 2012. Dat geldt dus ook voor Sint Maarten waar het betreft feiten die zich hebben voorgedaan vóór 1 april 2014.

De bepaling is ontleend aan de Nederlandse regeling. Een enquêteverzoek kan dus niet rauwelijks worden ingediend. Ten tijde van het kenbaar maken van de bezwaren hoeft nog niet te zijn voldaan aan bijvoorbeeld de 10%-grens wat betreft het eigen vermogen of de zeggenschapsrechten bij de NV en BV. Net als in Nederland (OK 31 juli 2003, JOR 2003, 255 inzake Citylens en OK 16 november 2005, JOR 2006, 5 inzake Umi Beheer), mag worden aangenomen dat wanneer de bezwaren niet op voorhand kenbaar zijn gemaakt niet-ontvankelijkheid desondanks toch achterwege zal blijven als op voorhand duidelijk is dat de rechtspersoon daaraan toch niet tegemoet kan of zal komen.

Het wettelijke voorschrift is ruim geformuleerd en naar de letterlijke tekst geldt het voorschrift ook voor de curator. Het is echter de vraag of de wetgever ook heeft bedoeld dat de curator eerst zijn bezwaren (aan het bestuur en de RvC als die er is) kenbaar zou moeten maken. Het is immers op voorhand duidelijk dat een rechtspersoon die failliet is verklaard eerder niet dan wel aan de bezwaren tegemoet kan of zal komen. Zeker nu in de praktijk de curator al het nodige aan eigen onderzoek zal hebben gedaan, lijkt het niet nodig hem aan deze formaliteit te houden. Wel kan het zinvol zijn de curator te verplichten de bestuurders en commissarissen op de hoogte te brengen van een door hem ingediend enquêteverzoek.

Het Hof behandelt het verzoek met de meeste spoed. Het Hof wijst het verzoek slechts toe wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen (art. 2:274 BW). De bevoegdheid van het Hof is van discretionaire aard (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 754). Zie in dat verband het woord 'kan' in art. 2:271 lid 1 BW. Bij de belangenafweging die het Hof in dat verband moet maken geldt een ruime beoordelingsmarge (HR 26 juni 1996, NJ 1996, 730 inzake Transom). Allerlei belangen kunnen in dat verband een rol spelen, waaronder de belangen van de verzoekers, mogelijke reputatieschade van de rechtspersoon en het ingrijpende karakter van een onderzoek (HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 inzake Unilever).

Wanneer kan er aanleiding zijn om aan een juist beleid te twijfelen? Er moet sprake zijn van feiten die tezamen een behoorlijke kans inhouden (grote mate van waarschijnlijkheid opleveren) dat het beleid bij nader onderzoek onjuist blijkt te zijn (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 753). Enkele voorbeelden:

- Wanneer de rechtspersoon door een patstelling binnen het bestuur of in de algemene vergadering onbestuurbaar is of dreigt te worden. Het enkele feit dat er ruzie is binnen een orgaan of tussen leden van verschillende organen van de rechtspersoon is onvoldoende om een enquête te rechtvaardigen.
- Wanneer wettelijke en/of statutaire regels (al dan niet stelselmatig) niet worden nageleefd (bijvoorbeeld het niet vooraf vragen van de statutair verplichte goedkeuring van de RvC voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen).
- Wanneer sprake is van ontoelaatbare belangenverstrengeling (waardoor onvoldoende recht is gedaan aan het vennootschappelijk belang en aan bijvoorbeeld het belang van een minderheidsaandeelhouder).
- Wanneer de belangen van werknemers of minderheidsaandeelhouders ernstig of stelselmatig worden genegeerd.
- Bij ernstig verziekte verhoudingen binnen een orgaan of tussen personen die deel uitmaken van verschillende organen, als gevolg waarvan de rechtspersoon schade ondervindt of dreigt te ondervinden.
- Wanneer er ernstige gebreken zijn in de informatieverstrekking aan aandeelhouders, commissarissen of andere belanghebbenden.

Bij afwijzing van het verzoek waarbij het Hof beslist dat het verzoek niet op redelijke gronden is gedaan, geldt het volgende: het Hof *kan* op verzoek van de rechtspersoon aan deze een ten laste van de verzoekers tot enquête komende vergoeding toekennen ter zake van de *directe kosten* waartoe het verzoek tot

enquête en de eventueel ingevolge art. 2:276 BW getroffen voorlopige voorzieningen aanleiding hebben gegeven, voor zover deze kosten voor rekening van de rechtspersoon zijn gekomen (art. 2:274 lid 2 BW). Het woord 'kan' duidt volgens de MvT op een discretionaire bevoegdheid van het Hof. Er wordt voorts gesproken over 'directe kosten' en niet (zoals in de Nederlandse wet) over 'schade'. De kostenvergoeding wordt door het Hof naar redelijkheid en billijkheid begroot. Deze vergoeding laat onverlet dat ingeval de rechtspersoon daarenboven nog schade mocht hebben geleden, bij de burgerlijke rechter een vordering tot vergoeding daarvan kan worden ingesteld.

Van de gang naar de burgerlijke rechter moet de rechtspersoon sowieso gebruik maken wanneer het Hof niet heeft geoordeeld dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Die gang naar de burgerlijke rechter geldt ook wanneer het verzoek tot enquête niet-ontvankelijk wordt verklaard.

(Sheet 15)

Als het verzoek wordt toegewezen dan benoemt het Hof een of meer onderzoekers. Het Hof stelt het bedrag vast dat het onderzoek ten hoogste mag kosten, inclusief de vergoeding van de onderzoekers. Op verzoek van de onderzoekers kan het bedrag nadien worden verhoogd.

Het Hof kan bepalen dat de rechtspersoon of de verzoekers tot enquête voor de betaling van het door het Hof vastgestelde bedrag zekerheid moeten stellen (art. 2:274 lid 3 BW). In Nederland kan alleen de rechtspersoon tot het stellen van zekerheid worden verplicht (art. 2:350 lid 3 Ned-BW). Het ligt niet direct voor de hand om ingeval het OM de verzoeker is, het OM te verplichten tot het stellen van zekerheid. Wanneer de curator de verzoeker is zal het de rechtspersoon zijn (dat wil zeggen de failliete boedel) die tot het stellen van zekerheid kan worden verplicht. De curator dient een enquêteverzoek immers *qualitate qua* in.

Als het Hof tot het stellen van zekerheid besluit, bestaat niet de verplichting om die zekerheid te stellen. De onderzoekers zullen echter niet met hun onderzoek beginnen als geen zekerheid wordt gesteld en als de zekerheid te lang uitblijft kunnen zij het Hof verzoeken om van hun taak te worden ontheven (art. 2:275 lid 2 BW).

Het Hof kan aan de onderzoekers aanwijzingen geven met betrekking tot de wijze waarop het onderzoek dient te worden verricht en de inrichting van het verslag. Het Hof kan de onderzoekers opdragen een poging tot bemiddeling te doen (art. 2:275 lid 1 BW).

(Sheet 16)

In iedere stand van een geding, dus ook voordat een onderzoek is bevolen, kan het Hof een aan hem gevraagde voorlopige voorziening treffen (art. 2:276 lid 1 BW).¹⁴ Een voorlopige voorziening kan worden verzocht:

- 1) door een of meer van de verzoekers tot enquête indien het belang van die verzoekers of de rechtspersoon dit eist;
- 2) door de onderzoekers, indien het belang van het onderzoek of van de rechtspersoon dit eist;
- 3) door de rechtspersoon indien diens belang dit eist; en
- 4) door het OM en wel om redenen van openbaar belang, alsmede op de grond dat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe tot het OM heeft gericht (vgl. art. 2:272 lid 2 onder a. BW).

¹⁴ Blijkens de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 25 september 2013 (Ghis 63707 - HAR 255/13) stelt het Hof bij de beoordeling van het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen voorop dat in dit stadium van het geding (voordat op het verzoek tot het doen instellen van een onderzoek is beslist) van deze, in art. 2:276 BW aan het Hof gegeven bevoegdheid slechts met de nodige terughoudendheid gebruik kan worden gemaakt, indien daartoe – in verband met de toestand van de rechtspersoon (of in het belang van het eventuele onderzoek) – voldoende zwaarwegende redenen bestaan. Zie ook de beschikkingen van het Hof van 29 juni 2012, LJN BX0420 en 29 mei 2013, ARO 2013, 95.

Voorlopige voorzieningen kunnen ingrijpend van aard zijn. Van het Hof mag dan ook de nodige terughoudendheid worden verwacht, hetgeen volgt uit het door de wetgever gebruikte woord 'eist'. Het gaat daarbij in de regel om een afweging van betrokken belangen.

De wet geeft een limitatieve opsomming van mogelijk te treffen voorlopige voorzieningen. Het gaat bij de voorlopige voorzieningen om (art. 2:276 lid 3 BW):

- schorsing van de werking van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon, dan wel een bevel om een besluit geheel of ten dele in te trekken, de uitvoering daarvan geheel of ten dele op te schorten of de gevolgen daarvan geheel of ten dele ongedaan te maken;
- schorsing van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen, met of zonder toekenning van een ten laste van de rechtspersoon komende beloning;
- tijdelijke afwijking van daarbij aangegeven bepalingen van de statuten, een vennootschappelijke overeenkomst als bedoeld in het derde lid van de artt. 2:127/227 BW of een reglement;
- tijdelijke ontneming van stemrecht;
- tijdelijke overgang van aandelen ten titel van beheer; en
- een tot de rechtspersoon of andere persoon als bedoeld in art. 2:7 lid 1 BW gericht bevel om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten (eventueel op verbeurte van een dwangsom; art. 2:276 lid 6 BW).

De voorlopige voorziening kan gedurende het geding te allen tijde op verzoek van een belanghebbende of de onderzoekers worden ingetrokken, opgeheven, verlengd of gewijzigd, of door een andere worden vervangen. Zij vervalt op het door het Hof bepaalde tijdstip en in elk geval op het tijdstip dat een beslissing tot afwijzing van het verzoek tot enquête onherroepelijk is geworden (art. 2:276 lid 2 BW). Een 'intrekking' heeft terugwerkende kracht en de voorziening wordt dan

geacht nimmer te zijn gegeven. Tot intrekking kan bijvoorbeeld worden besloten wanneer later blijkt dat de voorziening op verkeerde gronden is gegeven. Het Hof zal er op moeten letten dat de intrekking niet tot schadelijke of anderszins bezwaarlijke gevolgen leidt. Het 'vervallen' van een voorziening heeft geen terugwerkende kracht.

Een voorziening kan door derden te goeder trouw verworven rechten niet aantasten (art. 2:276 lid 4 BW). De te geven voorzieningen kunnen uiteraard wel leiden tot aantasting van verworven rechten. Men denke aan het in de MvT genoemde voorbeeld van een bevel om (vooralsnog) een gesloten overeenkomst niet uit te voeren.¹⁵ Dreigt aantasting, dan wordt de derde als belanghebbende in het geding geroepen of op zijn verzoek toegelaten. Het Hof kan bepalen dat een te geven voorziening toch tegen die derde werkt op voorwaarde dat de schade die de derde lijdt (door de rechtspersoon) wordt vergoed of dat daarvoor zekerheid wordt gesteld. De schade die de derde zal lijden wordt door het Hof voorlopig begroot.

Het Hof regelt zo nodig de gevolgen van de getroffen voorziening (art. 2:276 lid 5 BW). Gedacht kan worden aan de bezoldiging van een tijdelijk aangestelde bestuurder.

Wordt beroep in cassatie ingesteld tegen een beschikking van het Hof inzake een voorlopige voorziening dan staat dat de voortzetting van het hoofdgeding niet in de weg (art. 2:276 lid 7 BW). In art. 6 van de Rijkswet cassatierechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba (in werking getreden op 10 oktober 2010) is inmiddels vastgelegd dat het Hof de voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis dan wel een beschikking niettegenstaande cassatie mag of moet gelasten in dezelfde gevallen en op dezelfde wijze, waarin dit in eerste aanleg is toegelaten of bevolen

¹⁵ Er moet een billijke belangenafweging plaatsvinden, waarin ook de belangen van de derde dienen te worden betrokken. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434, m.nt. Ma inzake ABN AMRO.

niettegenstaande verzet of hoger beroep. Lid 7 zou dan ook kunnen worden geschrappt.

(Sheet 17)

Dan nog kort iets over het onderzoek zelf. Bestuurders, commissarissen, werknemers (inclusief de voormalige) en anderen die tot de kring van personen bedoeld in art. 2:7 lid 1 BW behoren moeten alle medewerking verlenen (art. 2:277 lid 1 BW). Alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers moeten ter beschikking worden gesteld (art. 2:277 lid 2 BW). Het Hof kan desgevraagd bevelen geven, eventueel met een door de rechtspersoon te verbeuren dwangsom (art. 2:277 lid 3 BW). Op de onderzoekers rust de verplichting tot geheimhouding, tenzij en voor zover hun onderzoeksopdracht meebrengt dat zij anderen op de hoogte brengen van hetgeen uit hun onderzoek is gebleken (art. 2:277 lid 4 BW).

Op verzoek van de onderzoekers kan het Hof getuigen en deskundigen horen. De verzoekers zijn bevoegd daarbij aanwezig te zijn (art. 2:278 BW).

De onderzoekers kunnen worden aangemerkt als commissaris ('*commissioner*') in de zin van art. 17 van het Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken van 18 maart 1970, Trb. 1979, 38 (het Haagse Bewijsverdrag).¹⁶

De onderzoekers maken een verslag dat ter griffie wordt gedeponereerd (art. 2:279 lid 1 BW). Het verslag moet eerst in concept zijn voorgelegd aan de bestuurders van de rechtspersoon en aan de RvC als die er is. Vanzelfsprekend bevat het conceptverslag nog niet de conclusies. De onderzoekers moeten in het eindverslag gemotiveerd reageren op de gemaakte opmerkingen en aangeven waarom bepaalde opmerkingen wel of niet tot aanpassing van het

¹⁶ OK 24 november 2005, JOR 2006, 6 inzake Ahold.

conceptverslag hebben geleid (art. 2:279 lid 2 BW). Het Hof kan bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor door het Hof aan te wijzen personen of voor een ieder (art. 2:279 lid 3 BW). Totdat de onderzoekers hun verslag hebben afgerond en ter griffie hebben neergelegd, is geen sprake van vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders of andere personen, noch van vaststelling van hun burgerrechtelijke rechten en plichten in de zin van art. 6 EVRM.¹⁷ Met andere woorden: art. 6 EVRM is ten aanzien van bestuurder en aandeelhouder in de eerste fase van de enquêteprocedure niet van toepassing.¹⁸

(Sheet 18)

De tweede fase: op verzoek kan het Hof vaststellen dat uit het verslag blijkt dat er sprake is geweest van wanbeleid (art. 2:282 lid 1 BW). Tot het doen van een dergelijk verzoek zijn volgens het voorstel bevoegd de personen bedoeld in art. 2:279 lid 1 BW. De personen die daar worden genoemd zijn de rechtspersoon, de verzoekers tot enquête en de in art. 2:272 lid 2 onder a. BW bedoelde belanghebbenden (via het openbaar ministerie). Ik vraag mij af of deze kring van personen wel is bedoeld en dus of de verwijzing naar art. 2:279 lid 1 BW wel een gelukkige is. Ik vermoed dat bedoeld is dat bevoegd zijn de oorspronkelijke verzoekers, de belanghebbenden aan wie inzage in het verslag is toegekend door het Hof alsmede het OM (om redenen van openbaar belang of omdat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe aan het OM heeft gericht). Dat sluit ook beter aan bij de Nederlandse regeling (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 793).

Het Hof kan vervolgens, op verzoek, een of meer voorzieningen treffen als het Hof die op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht (art. 2:282 lid 2 BW). Een voorziening kan later op verzoek weer worden ingetrokken,

¹⁷ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 maart 2002, *JOR* 2002, 127 inzake Text Lite.

¹⁸ Hoge Raad 25 juni 2010, *JOR* 2010, 226 inzake E-Traction Worldwide.

opgeheven, verlengd of gewijzigd dan wel door een andere voorziening worden vervangen (art. 2:284 lid 1 BW), maar een voorziening kan niet door een besluit van de rechtspersoon ongedaan worden gemaakt (art. 2:284 lid 3 BW).

De mogelijke 'definitieve' voorzieningen zijn de volgende (art. 2:283 BW):

- De voorlopige voorzieningen van art. 2:276 lid 3 BW (of de verlenging daarvan)
- De vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon
- Het ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen
- Ontbinding of splitsing van de rechtspersoon

Wordt de rechtspersoon ontbonden dan kan het Hof vereffenaars benoemen op de voet van art. 2:284 lid 2 BW, waarin is bepaald dat het Hof zo nodig de gevolgen van de getroffen voorziening regelt.

Het Hof kan de splitsing bevelen. Die mogelijkheid kan bijvoorbeeld worden toegepast wanneer bij een familiebedrijf twee of meer takken lijnrecht tegenover elkaar staan en het bedrijf zich voor splitsing over twee of meer takken leent. De beschikking tot splitsing komt dan in de plaats van het in art. 2:346 BW¹⁹ bedoelde besluit tot splitsing. In beginsel blijven echter de overige splitsingsbepalingen van kracht. Dit betekent dat het Hof zich ervan zal moeten vergewissen dat die bepalingen behoorlijk zijn nagekomen voordat het een splitsingsbeschikking geeft.

Ik neem overigens aan dat bijvoorbeeld de voorgeschreven goedkeuring van de RvC bij de grote NV (art. 2:340 lid 4 BW) en de voorgeschreven goedkeuring van de bewindvoerder (art. 2:336 lid 7 BW) buiten toepassing dienen te blijven. Onder omstandigheden kan gebruik worden gemaakt van art. 2:276 lid 3 juncto

¹⁹ In de MvT wordt ten onrechte verwezen naar art. 2:334m BW. Dat artikel bestaat hier niet en kennelijk had men art. 2:334m Ned-BW voor ogen.

2:283 BW, of van art. 2:284 lid 2 BW. Een notariële akte als bedoeld in art. 2:347 BW²⁰ moet in elk geval wel worden verleden.

Tenslotte wordt opgemerkt dat het Hof, indien het daartoe aanleiding ziet, de instelling van een nader onderzoek kan bevelen ten aanzien van bepaalde kwesties of een bepaalde nader aan te duiden periode (art. 2:282 lid 4 BW). Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van het Hof, waarvan het Hof ambtshalve gebruik kan maken, maar waarbij het Hof niet verplicht is daarvan gebruik te maken.²¹

(Sheet 19)

Grensoverschrijdende (*cross-border*) omzetting NV, BV en stichting

De bedoeling is om van het leerstuk omzetting slechts enkele onderdelen te bespreken. De omzetting is geregeld in de artt. 2:300 e.v. BW. De omzetting van een buitenlandse rechtspersoon in een rechtspersoon naar het recht van Sint Maarten is geregeld in art. 2:303 BW (*immigratie*).

De grensoverschrijdende omzetting van de NV en de BV in een buitenlandse rechtspersoon is geregeld in de artt. 2:304 en 2:305 BW, en de regeling van de stichting die zich in een buitenlandse rechtspersoon wil omzetten vinden we in art. 2:306 BW (*emigratie*).

Met een 'buitenlandse rechtspersoon' wordt hier verder bedoeld op een rechtspersoon die wordt beheerst door het recht van een land dat niet tot het Koninkrijk der Nederlanden behoort.

²⁰ In de MvT wordt ten onrechte verwezen naar art. 2:334n BW. Dat artikel bestaat hier niet en kennelijk had men art. 2:334n Ned-BW voor ogen.

²¹ HR 10 september 2010, JOR 2010, 304 inzake LCI Technology Group.

Omzetting in een buitenlandse rechtspersoon of omgekeerd werd vroeger zetelverplaatsing genoemd. De NV en BV kunnen door middel van omzetting emigreren (art. 2:304 lid 1 BW); de stichting alleen onder voorwaarden (art. 2:306 BW).

De belangrijkste wijziging in de regeling inzake de omzetting van een NV of BV in een buitenlandse rechtspersoon (*outbound*), is dat het vereiste van persoonlijke aansprakelijkstelling door bestuurders en aandeelhouders met ingang van 1 april 2014 is geschrapt, behoudens in het hierna te noemen geval. De regeling is vervangen door de mogelijkheid voor schuldeisers of contractuele wederpartijen van de vennootschap die zich in een buitenlandse rechtspersoon wil omzetten, om in verzet te komen op de grond dat zij in hun positie als crediteur of contractuele wederpartij worden geschaad (art. 2:305 BW). Deze regeling volgt hetgeen we reeds kennen van het leerstuk fusie.

Het verzoekschrift vermeldt welke zekerheid, waarborg, contractswijziging, ontbinding of schadevergoeding wordt verlangd. Als de rechter het verzet gegrond oordeelt bepaalt hij de door de NV of BV of een derde te stellen zekerheid of waarborg of te betalen schadevergoeding, dan wel de contractswijziging of -ontbinding die zal gelden wanneer de omzetting tot stand komt. Aan een contractswijziging of -ontbinding kan de rechter een per de datum van de omzetting ingaande, op de NV of BV rustende verplichting tot schadevergoeding verbinden.

De akte van omzetting mag niet worden verleden voordat het verzet is ingetrokken, de beslissing waarbij het verzet ongegrond is verklaard uitvoerbaar is of, bij gegrondverklaring, de vastgestelde waarborg of zekerheid is gesteld. Als de akte van omzetting toch reeds is verleden, kan de rechter, al dan niet op een

ingesteld rechtsmiddel, het stellen van een door hem omschreven waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden.²²

Van de voorgenomen omzetting wordt door de zorg van de notaris te Sint Maarten niet eerder dan drie maanden en niet later dan vijf weken voor de dag van het verlijden van de akte van omzetting mededeling gedaan in een hier te lande verschijnend nieuwsblad en, zoveel mogelijk gelijktijdig, in het blad waarin van overheidswege de officiële berichten worden geplaatst. In gevallen waarin het belang van de vennootschap dit bepaaldelijk vordert kan hiervan worden afgeweken (art. 2:304 lid 5 BW).

Van de mededelingsregeling kan dus worden afgeweken in gevallen waarin het belang van de NV of BV dit bepaaldelijk vordert. Hierbij is blijkens de Memorie van Toelichting in het bijzonder gedacht aan het geval, waarin een omzetting in een buitenlandse rechtspersoon geheel wordt voorbereid, tot en met het passeren van de notariële akte, echter met dien verstande dat zij pas van kracht wordt wanneer aan een bepaalde voorwaarde is voldaan. Aan een dergelijke regeling kan behoefte bestaan in tijden van oorlog of oorlogsgevaar.

De wetgever stelt overigens aan dit criterium ('als het belang van de vennootschap dit bepaaldelijk vordert') geen nadere eisen. In de praktijk wordt er dan ook geregeld gebruik van gemaakt ter vermijding van de wachtperiode die de verzetregeling meebrengt. De hoofdelijke aansprakelijkstelling wordt in die gevallen zonder problemen geaccepteerd.

²² De Memorie van Toelichting zegt daarover: "De woorden "al dan niet" zijn in het vierde lid ingevoegd om rekening te houden met de mogelijkheid dat de voor de aanvang van de relevante eerste mededeling minder dan een maand voor de omzetting is gedaan en dat nog binnen die maand maar na de omzetting het verzoekschrift tot verzet is ingediend. In een dergelijk geval cumuleren dus voor de verzoeker de mogelijkheid van verzet en de rechten uit de hoofdelijke aansprakelijkstelling, die wegens het niet volledig naleven van de mededelingsplichten uit de akte van omzetting moeten zijn ontstaan. Bij "op een rechtsmiddel" kan worden gedacht aan het geval dat het verzet in eerste instantie met uitvoerbaarverklaring bij voorraad is afgewezen, de akte van omzetting daarna is verleden en vervolgens de afwijzende beslissing in hoger beroep of cassatie wordt vernietigd."

Met het achterwege blijven van de mededeling komt de verzetregeling in gevaar en bestaat de kans dat crediteuren en contractuele wederpartijen daarvan de dupe worden. Voor dat geval is de regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid opgenomen.

Vindt namelijk afwijking plaats (dus als er geen mededeling wordt gedaan) dan moet de akte van omzetting een verklaring bevatten van alle bestuurders die ten tijde van het omzettingsbesluit in functie waren en, tenzij het gaat om een beursvennootschap, van alle stemgerechtigde aandeelhouders die niet tegen het voorstel tot omzetting hebben gestemd, waarin deze zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de vennootschap die bestaan op het tijdstip van het verlijden van de akte van omzetting; behoudens in het geval van kwade trouw vervalt deze aansprakelijkheid drie maanden na dat tijdstip en in elk geval een jaar na de aanvang van het voortgezette bestaan van de vennootschap in de nieuwe rechtsvorm (art. 2:304 lid 5 BW).

Vóór 1 april 2014 gold de meer algemene regel dat alle stemgerechtigde aandeelhouders die niet tegen de omzetting hadden gestemd, zich hoofdelijk aansprakelijk moesten stellen voor alle schulden van de vennootschap. Tegen die regeling bestonden allerlei bezwaren,²³ die ook ten aanzien van de meer beperkte regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid gelden. Ik laat die vandaag onbesproken.

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat een verklaring van aansprakelijkheid van bestuurders dan wel aandeelhouders in de praktijk niet bezwaarlijk hoeft te zijn. De eenvoudigste wijze om aan de gevolgen daarvan te ontkomen is het tijdig betalen van de schulden. Het bestuur moet in staat worden geacht daarop voldoende zicht te hebben. Voor zover dat in een bepaald geval niet zo is of betaling niet mogelijk is, en de betrokkenen de omzetting toch willen

²³ Zie voor commentaar op de oude regeling: K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006, blz. 206-208, alsmede J.B.M. Clement en K. Frielink, *De Besloten Vennootschap*, TAR-Justicia 3 (2005), blz. 174-182.

doorzetten zonder aan de mededelingsvoorschriften te voldoen, kunnen over en weer garanties en zekerheidstellingen worden bedongen.

Ik merk hier nog op dat art. 2:5 lid 3 BW van toepassing is verklaard. Bij de naleving van de mededelingsvoorschriften en het onder ogen zien van de consequenties van niet-naleving, rust een zware verantwoordelijkheid op de notaris. Bij verzuim in de naleving van deze uit de wet voortvloeiende verplichtingen is de notaris persoonlijk aansprakelijk jegens hen die daardoor schade hebben geleden.

Zie voor interregionale omzetting: *Grensoverschrijdende fusie en omzetting sinds 10-10-'10*, Caribisch Juristenblad 4 (2013), blz. 3-9.

Kort iets over de procedure. Laten we wat de omzetting betreft beginnen met de buitenlandse rechtspersoon, in het bijzonder de kapitaalvennootschap, die zich wil omzetten in een Sint Maartense equivalent (art. 2:303 BW). Voor zover ik heb kunnen nagaan gebeurt het zelden of nooit dat een buitenlandse kapitaalvennootschap zich in een Sint Maartense stichting of omgekeerd omzet. De wet laat dit wel toe.

De wet bepaalt dat de bepalingen inzake de binnenlandse omzetting (dus van de ene Sint Maartense rechtsvorm in de andere) zoveel mogelijk van toepassing zijn. Het gaat dan om de bepalingen van de artt. 2:301 en 2:302 BW. Art. 2:300 BW is uiteraard ook zoveel mogelijk van toepassing: art. 2:303 BW heeft het immers over de toepassing van art. 2:300 BW in een geval van immigratie.

Dit betekent onder meer dat er een notariële akte van omzetting nodig is (van een notaris te Sint Maarten). Voor omzetting is eveneens vereist een besluit tot omzetting en statutenwijziging, genomen met inachtneming van ten minste de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging. Wordt de buitenlandse rechtspersoon omgezet in een Sint Maartense NV of BV, dan wordt een

omzettingsbalans aan de akte gehecht²⁴ en bovendien mag het getoonde eigen vermogen niet negatief zijn; heeft de NV of BV waarin de buitenlandse rechtspersoon wordt omgezet een nominaal kapitaal dan mag het eigen vermogen niet lager zijn dan dat nominaal kapitaal.

Ingeval van *immigratie* moeten bij de toepassing van art. 2:300 lid 2 BW (de vereisten voor de besluitvorming) en voor het tijdstip van de totstandkoming van de omzetting ook de terzake relevante buitenlandse regels mede in aanmerking worden genomen. Door als voorwaarde te stellen dat ook de buitenlandse voorschriften in acht moeten worden genomen, wordt gepoogd de kansen op gebreken in de besluitvorming die aan de omzetting ten grondslag ligt zo klein mogelijk te laten zijn. Bovendien zou het emigratieland bijvoorbeeld als voorwaarde voor de (effectuering van de) omzetting de uitschrijving uit een register kunnen voorschrijven, zodat die uitschrijving bepalend is voor het tijdstip waarop de omzetting tot stand komt. Zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat een rechtspersoon zweeft (in een juridisch vacuüm verkeert), maar ook dat hij in twee jurisdicties tegelijk bestaat.²⁵

De wet bepaalt voorts dat het recht dat de buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de omzetting en de modaliteiten daarvan mag verzetten. Een verklaring van die strekking, afgelegd door een op dit rechtsgebied deskundige, wordt aan de akte van omzetting gehecht. De wet heeft het hier over een deskundige, maar geeft geen invulling aan dit begrip. Het wordt aan de notaris te Sint Maarten die de akte moet passeren overgelaten om te beoordelen of de betrokken persoon als voldoende deskundig kan worden aangemerkt. Gaat het om een advocaat in dat andere land of een jurist die vergelijkbaar is met een notaris bij ons of een hoogleraar ondernemingsrecht, dan zal die deskundigheid

²⁴ De omzettingsbalans heeft betrekking op een tijdstip dat ten hoogste een maand voor de dag van de akte ligt. Zij wordt getekend door alle bestuurders en commissarissen (art. 2:301 lid 4 BW).

²⁵ Het ligt voor de hand een dergelijke - opschortende - voorwaarde, die bijvoorbeeld in Luxemburg wordt gesteld, in de notariële akte te vermelden. Nadat de voorwaarde is vervuld is het niet nodig zulks in een separate notariële akte te constateren, maar zal het schriftelijke stuk waaruit de vervulling van de voorwaarde blijkt aan de akte moeten worden gehecht en ten kantore van het handelsregister gedeponeerd moeten worden; art. 2:5 lid 1 BW vindt immers overeenkomstige toepassing.

al gauw mogen worden verondersteld. Het is uiteraard aan te bevelen om degene aan wie een verklaring wordt gevraagd, tevens te vragen om in die verklaring aan te geven op grond waarvan de betrokkene (meent dat hij) deskundig is. Een materieel onderzoek naar de juistheid van een dergelijke verklaring kan niet van de notaris worden verlangd.

Als een buitenlandse rechtspersoon zich in een Sint Maartense stichting wil omzetten (*inbound*) is toestemming van het Gerecht te Sint Maarten vereist (art. 2:303 lid 2 BW). In de Memories van Toelichting van Boek 2 BW van 2003 en 2010 heb ik daarvoor geen toelichting kunnen vinden.

Dat bij omzetting van een stichting in een andere – al dan niet buitenlandse – rechtsvorm rechterlijke machtiging is vereist laat zich wèl verklaren (art. 2:306 lid 2 juncto 2:300 lid 4 BW). Stichtingen zijn immers bijzondere beestjes. Zij kennen geen leden of aandeelhouders, maar hebben dikwijls wel een vermogen dat – als het een gewone stichting betreft – slechts mag worden aangewend met inachtneming van het uitkeringsverbod als neergelegd in art. 2:50 lid 4 BW. Met een knipoog naar het begrip ‘gebonden reserves’, zou dit vermogen als ‘gebonden’ kunnen worden aangemerkt. Dit wettelijke voorschrift moet niet eenvoudig ontdoken kunnen worden door de stichting in een andere rechtsvorm om te zetten. Daarom is bepaald dat bij omzetting van een stichting uit de akte van omzetting moet blijken welk vermogen de stichting heeft en hoe dit is samengesteld.

Na de (binnenlandse) omzetting moet uit de statuten blijken dat het netto vermogen dat de stichting bij de omzetting had, niet door uitkeringen aan aandeelhouders, leden of derden mag verminderen zonder toestemming van de rechter (art. 2:300 lid 8 BW).²⁶ Dat vermogen kan na omzetting natuurlijk wel op

²⁶ Art. 2:300 lid 8 BW luidt: “*Bij omzetting van een stichting moet uit de akte van omzetting blijken welk vermogen de stichting heeft en hoe dit is samengesteld. Na de omzetting moet uit de statuten blijken dat het netto vermogen dat zij bij de omzetting had, niet door uitkeringen aan aandeelhouders of leden mag verminderen en niet door uitkeringen aan derden mag verminderen zonder toestemming van de rechter.*”

andere gronden verminderen, bijvoorbeeld door het voldoen van vorderingen of door verliezen die de rechtspersoon in zijn nieuw gekozen rechtsvorm lijdt. De rechter kan toestemming geven voor uitkeringen ten laste van het voormalige stichtingsvermogen, zolang die maar niet aan aandeelhouders of leden van de nieuwe rechtsvorm worden gedaan. De rechtspersoon in zijn nieuwe rechtsvorm wordt dus in dit opzicht in zijn vrijheid beperkt doordat deze in het verleden een stichting is geweest.

In het hier besproken geval is de ratio van de rechterlijke machtiging duidelijk: de rechter toetst of het gebonden vermogen wordt gebruikt voor het doel waarvoor het was bestemd (de vermogensklem). Het gaat dan om de bescherming van het doelvermogen.²⁷ Wat echter de gedachte achter het vereiste van rechterlijke machtiging bij grensoverschrijdende omzetting *in* een Sint Maartense stichting is (dus bij immigratie) en wat de rechter dan precies zou moeten toetsen heb ik nog niet kunnen achterhalen. Ik zou menen dat als een buitenlandse rechtspersoon met een beklemd vermogen zich wil omzetten in een Sint Maartense rechtspersoon, het voor ons voldoende zou moeten zijn als uit de verklaring van de deskundige blijkt dat aan alle voorwaarden van het uitreisland is voldaan. Wat mij betreft kan de eis van rechterlijke machtiging in dit geval dan ook komen te vervallen.

(Sheet 20)

Grensoverschrijdende (*cross-border*) fusie

Dan kijken we nu naar de grensoverschrijdende (*cross-border*) juridische fusie. Voor 1 april 2014 bestond reeds de mogelijkheid dat in het kader van een fusie een buitenlandse rechtspersoon als verdwijnende rechtspersoon fuseerde met een vergelijkbare rechtsvorm van Boek 2 BW van Sint Maarten, op voorwaarde

Als een Sint Maartense stichting zich omzet in een buitenlandse rechtspersoon is van lid 8 alleen de eerste volzin van toepassing (art. 2:306 lid 2 BW).

²⁷ Dat geldt ook in Nederland: art. 18 Boek 2 BW-NL.

dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzette (art. 2:323a BW). Deze *inbound* fusiemogelijkheid bestaat nog steeds.

Sinds 1 april 2014 is het ook mogelijk dat een rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW (een Sint Maartense rechtspersoon) als verdwijnende rechtspersoon fuseert met een verkrijgende rechtspersoon naar buitenlands recht (art. 2:323b BW). De zogeheten *outbound* fusie. Een voorwaarde is ook in dit geval dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzet.

Met betrekking tot de verkrijgende (buitenlandse) rechtspersoon worden de voor een zodanige fusie geldende regels van het op die rechtspersoon toepasselijke buitenlandse recht zoveel mogelijk in acht genomen. De artt. 2:310 tot en met 2:334 BW zijn van toepassing, maar uitsluitend ten aanzien van de verdwijnende rechtspersoon. Dit houdt in dat bijvoorbeeld de verzetregeling van art. 2:316 BW van toepassing is.

De Nederlandse regeling, waarbij een minderheidsaandeelhouder die tegen de fusie heeft gestemd, de rechter kan verzoeken om hem een schadevergoeding toe te kennen, is in Boek 2 BW van Sint Maarten niet opgenomen. Overigens is denkbaar dat een aandeelhouder die als gevolg van de fusie schade lijdt, onder omstandigheden aanspraak op vergoeding daarvan kan maken. Een vordering in die zin moet echter worden beoordeeld naar de gewone regels van het vermogensrecht, zoals deze door het rechtspersonenrecht worden gekleurd, aldus de Memorie van Toelichting.

Nederland kent op dit moment alleen een regeling voor grensoverschrijdende *fusie* van kapitaalvennootschappen binnen de Europese Unie of de Europese

Economische Ruimte (art. 2:333b tot en met 2:333l BW-NL).²⁸ Dit betekent dat een Sint Maartense NV of BV niet kan fuseren met een Nederlandse kapitaalvennootschap. En hoewel Bonaire in staatkundige zin tot Nederland behoort, kan een NV of BV die statutair in Bonaire is gevestigd evenmin met een Nederlandse kapitaalvennootschap fuseren. Het omgekeerde is ook niet mogelijk.

Wel is mogelijk dat een vennootschap gevestigd in Bonaire of Sint Maarten zich omzet in bijvoorbeeld een Luxemburgse vennootschap, die vervolgens een dochtervennootschap opricht in Nederland, waarna moeder en dochter *downstream* fuseren met als resultaat een Nederlandse vennootschap. Mijns inziens is verdedigbaar dat een grensoverschrijdende fusie mogelijk is tussen een vennootschap gevestigd te Sint Maarten als verdwijnende vennootschap en een in Bonaire gevestigde vennootschap als verkrijgende vennootschap. Het omgekeerde is niet mogelijk, omdat Bonaire alleen de *inbound* fusie kent.

In Nederland ligt sinds begin 2012 een voorontwerp voor een wetsvoorstel grensoverschrijdende *omzetting* van kapitaalvennootschappen gereed.²⁹ Dit voorstel is ontworpen door de Commissie Vennootschapsrecht.

Het Hof van Justitie van de EG heeft in 2008 (16 december 2008, C-210/06, NJ 2009, 202, *Cartesio*) beslist dat grensoverschrijdende zetelverplaatsing – en daarmee omzetting in een rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat – binnen de Europese Unie moet kunnen plaatsvinden, onder de voorwaarde dat de lidstaat van inreis daarvoor openstaat en tenzij een dwingende reden van algemeen belang daaraan in de weg staat. Dit Nederlandse wetsvoorstel is een reactie op deze uitspraak en beoogt een aanpassing van Boek 2 BW-NL. Alle bepalingen inzake omzetting worden samengebracht in een nieuwe Titel 7A.

²⁸ Terzijde: een besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel van een Nederlandse rechtspersoon naar een locatie buiten Nederland is op grond van het thans geldende recht nietig (art. 2:14 BW-NL).

²⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/01/12/wetsvoorstel-grensoverschrijdende-omzetting-van-kapitaalvennootschappen.html>

Het wetsvoorstel geeft een regeling voor:

- de situatie dat een Nederlandse NV of BV zich omzet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER³⁰ of zich omzet in een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius of Saba (artt. 2:334oo onderdeel a, 334pp-334ww en 334yy BW-NL); en
- de situatie dat een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat van de EU of EER of een NV of BV naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius of Saba zich omzet in een Nederlandse NV of BV (artt. 2:334oo onderdeel b, 334xx-334yy BW-NL).

De voorgestelde regeling betreft uitsluitend kapitaalvennootschappen (in Nederland: de NV of BV). Buiten het Europese grondgebied ziet de mogelijkheid van omzetting – in beide richtingen – alleen op kapitaalvennootschappen in de BES-eilanden. Het is aan te bevelen het ontwerp zodanig aan te passen dat omzetting ook in relatie tot Aruba, Curaçao en St. Maarten mogelijk wordt. Daarvoor is dan wel een Rijkswet nodig, dan wel aanpassing van het Statuut!

Ik merk over deze regeling nog slechts op dat de grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV geen rechtsgevolg heeft wanneer de Nederlandse Minister van Veiligheid en Justitie zich daartegen verzet om redenen van algemeen belang door nederlegging van een daarop betrekking hebbende verklaring ten kantore van het handelsregister, binnen twee maanden na de aankondiging van de nederlegging van het voorstel. Tegen het verzet staat voor de vennootschap beroep open bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.

³⁰ De Europese Economische Ruimte (EER) is een akkoord dat in 1992 is gesloten tussen de landen van de Europese Gemeenschap (EG) (later de Europese Unie) en de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), met uitzondering van Zwitserland. Het akkoord bevordert vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal tussen de deelnemende landen. Ook wordt er samengewerkt op economisch gebied.

Nog even een zijstapje. Tot nu toe hebben we alleen gekeken naar niet onder toezicht van de Centrale Bank van Curaçao en St. Maarten (CBCS) staande rechtspersonen. Een enkel woord nog over wel onder toezicht staande instellingen.

Voor bijvoorbeeld statutair in Sint Maarten gevestigde banken geldt nog het volgende. Deze entiteiten beschikken over een vergunning van de CBCS ingevolge de *Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994* (Ltbk). Voor elke statutenwijziging is de voorafgaande goedkeuring van de Centrale Bank vereist (art. 23 lid 1 Ltbk). Dat geldt ook voor elke vennootschappelijke reorganisatie, al is niet volledig duidelijk wat daaronder precies moet worden verstaan.

Bovendien kwalificeert een zetelverplaatsing of grensoverschrijdende omzetting zeer waarschijnlijk als een liquidatie van de activiteiten in Sint Maarten, hetgeen aan de Centrale Bank moet worden gemeld en onder toezicht en op aanwijzingen van de Centrale Bank moet worden uitgevoerd (art. 26 Ltbk).

Voor banken in Sint Maarten geldt dus per definitie dat een grensoverschrijdende fusie of omzetting (*outbound*) niet mogelijk is zonder toestemming van de CBCS. Wil een buitenlandse bank zich *omzetten* in een Sint Maartense vennootschap (*inbound*) dan kan dat alleen als van de CBCS een vergunning wordt verkregen (art. 2 lid 1 Ltbk).

Als een buitenlandse bank als verdwijnende vennootschap wil *fuseren* met een in Sint Maarten gevestigde bank dan is evenzeer toestemming van de CBCS nodig. Op grond van art. 23 lid 1 onder d Ltbk mag een fusie met een andere instelling of onderneming namelijk niet zonder voorafgaande toestemming van de CBCS worden aangegaan. De CBCS kan aan die toestemming overigens voorwaarden verbinden.

(Sheet 21)

De personenvennootschap

Personenvennootschappen zijn contractuele samenwerkingsvormen (art. 7:800 lid 1 BW). We zijn waarschijnlijk allemaal opgegroeid met de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, waarvan de regelingen waren verdeeld over het Burgerlijk Wetboek (Boek 7A) en het Wetboek van Koophandel.

Met ingang van 1 april 2014 is de wettelijke regeling grondig herzien en geplaatst in Titel 13 van Boek 7 BW. In Curaçao heeft dezelfde herziening plaatsgevonden maar dan met ingang van 1 januari 2012. In Nederland heeft een vergelijkbaar wetsvoorstel ondanks een voorbereiding van enkele decennia de eindstreep niet gehaald.

Aanvankelijk was het de bedoeling om de nieuwe regeling van de personenvennootschap nog voor 10-10-'10 in werking te laten treden, zodat die in Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden gelijklopend zou zijn. Dat is niet gelukt.

Bovendien is een wezenlijk onderdeel van het eerste ontwerp komen te vervallen: de mogelijkheid om te opteren voor een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. In de wet wordt slechts vermeld dat art. 7:802 BW is vervallen, maar in de MvT die na de wet in het Afkondigingsblad staat afgedrukt, wordt nog uitvoerig op deze mogelijkheid ingegaan. Wel is het mogelijk dat de personenvennootschap zich omzet in een NV of BV (art. 7:832 lid 1 BW), maar na de omzetting is niet langer sprake van een personenvennootschap, maar van een rechtspersoon. Omdat Boek 2 van ons Burgerlijk Wetboek een hoge mate van flexibiliteit wat betreft inrichting en inkleding van naamloze en besloten vennootschappen kent, waardoor aan nagenoeg alle behoeften vanuit de praktijk

kan worden voldaan, ben ik zelf nooit een voorstander geweest van een bijzondere regeling van rechtspersoonlijkheid voor personenvennootschappen. Ik heb daar ook nimmer de toegevoegde waarde van ingezien.

Een vennootschap wordt omschreven als de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, die vennoten worden genoemd, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten (art. 7:800 lid 1 BW). De termen maatschap en vennootschap onder firma bestaan wettelijk niet meer en zullen in de praktijk op termijn waarschijnlijk niet meer worden gebruikt.

De commanditaire vennootschap is onder die naam wel blijven bestaan (art. 7:836 BW). Dit betreft een bijzondere vorm van de openbare vennootschap, met overeenkomstige toepassing van alle daarop betrekking hebbende bepalingen, voor zover daarvan niet in de artt. 7:836 e.v. BW is afgeweken.

(Sheet 22)

Er zijn sinds 1 april 2014 twee hoofdvarianten: de openbare vennootschap en de stille vennootschap. De openbare vennootschap is de vennootschap (i) tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die (ii) op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt (iii) onder een door haar als zodanig gevoerde naam (art. 7:801 lid 1 BW).

Een vennootschap is een stille vennootschap als die niet een openbare vennootschap is (art. 7:801 lid 2 BW). Om een openbare vennootschap te zijn moet namelijk aan alle drie de criteria zijn voldaan. Een vennootschap die niet deelneemt aan het rechtsverkeer (met derden dus) is een stille vennootschap. Een vennootschap waarin geen beroep of bedrijf wordt uitgeoefend is een stille

vennootschap. Overigens is het onderscheid tussen beroep en bedrijf, waarover in het verleden veel is geschreven, niet meer van belang.

Een commanditaire vennootschap kent naast één of meer gewone vennoten, ook één of meer commanditaire vennoten. Van een commanditaire vennoot kan niet worden gesproken als de betrokkene uitsluitend arbeid inbrengt. Hij zal dus (mede) geld of het genot van goederen moeten inbrengen. Bovendien moet hij, om commanditaire vennoot te kunnen zijn, zijn uitgesloten van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten voor rekening van de vennootschap (art. 7:836 lid 2 BW).

Wat de te voeren naam betreft nog het volgende. In de MvT wordt opgemerkt dat wanneer de namen van vennoten worden gebruikt, het van de verkeersopvattingen zal afhangen of van een als zodanig gevoerde naam sprake is. Dit zal niet het geval zijn indien de namen van alle vennoten op het briefpapier worden vermeld, zoals bij voorbeeld in de advocatuur soms gebruikelijk is, maar wel indien een advocatenkantoor, zoals vaker voorkomt, optreedt onder de aanduiding van de naam of de namen van een of meer, al dan niet reeds uitgetreden, vennoten.

(Sheet 23)

De aansprakelijkheid van vennoten is geregeld in art. 7:813 BW. De vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. De maten van de maatschap die thans als vennoten van een openbare vennootschap door het leven gaan, worden dus geconfronteerd met een zwaarder aansprakelijkheidsregime: van aansprakelijkheid voor gelijke delen zijn zij naar hoofdelijke aansprakelijkheid gegaan (zij het blijkens artikel XIX van de Landsverordening personenvennootschap slechts ten aanzien van verbintenissen die na 1 april 2014 zijn ontstaan).

Indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend (art. 7:813 lid 2 BW). Een vennoot moet in dat laatste geval kunnen aantonen dat hij niet verantwoordelijk is voor de tekortkoming. Moet de vennootschap worden vereffend, bijvoorbeeld omdat de omvang van de vordering een verder voortbestaan onmogelijk maakt, dan kunnen de vennoten die hiervoor niet verantwoordelijk zijn, toch worden aangesproken tot aanzuivering van een eventueel tekort (art. 7:830 lid 2 BW). En als zij geen regres kunnen nemen op de vennoot die de fout heeft gemaakt, hebben zij pech. Om die situatie te voorkomen zou in de overeenkomst kunnen worden vastgelegd dat vennoten niet of slechts tot een bepaald bedrag in het verlies delen (art. 7:815 lid 4 BW).

De vennoten van een stille vennootschap zijn voor de verbintenissen van de vennootschap die een deelbare prestatie betreffen, ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij in de overeenkomst met de derde is bepaald dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn (art. 7:813 lid 3 BW).

De commanditaire vennoot deelt in het verlies van de vennootschap niet verder dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen. Van dit artikel kan niet worden afgeweken (art. 7:836a BW). De gewone vennoten van een commanditaire vennootschap zijn hoofdelijk voor de verbintenissen van de vennootschap verbonden; de commanditaire vennoten zijn daarvoor niet verbonden (art. 7:837 lid 1 BW).

De commanditaire vennoot kan op grond van de nieuwe regeling in twee gevallen met aansprakelijkheid worden geconfronteerd. Handelt een commanditaire vennoot al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap of oefent hij door zijn handelen een beslissende invloed uit op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap, dan is hij

tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt (art. 7:837 lid 2 BW). Treedt de commanditair dus jegens derden op namens de vennootschap dan is hij, in beginsel, verbonden voor de daaruit voortvloeiende verbintenissen; zijn (interne) draagplicht blijft echter beperkt tot het bedrag van zijn verplichte inbreng. Die verbondenheid jegens derden geldt evenzeer ingeval hij beslissende invloed op de besturende vennoten uitoefent. Het gaat bij dit laatste, aldus de MvT, om de (misbruik-)situatie waarbij de positie van de besturende vennoten wordt uitgehold tot die van stromannen die bij hun optreden naar buiten volledig naar de pijpen moeten dansen van een commanditaire vennoot. Denk ook aan het geval dat de commanditaire vennoot die enig directeur en enig aandeelhouder is van de vennootschap die besturend vennoot is.

Het tweede geval betreft de naam van de commanditaire vennoot. Als die in de naam van de vennootschap is opgenomen, dan is de commanditaire vennoot hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap, ontstaan terwijl de vennootschap deze naam voert. De opneming van zijn naam kan bij derden immers de schijn wekken dat de commanditaire vennoot gewoon vennoot is. Dit geldt niet indien een vennoot wiens naam in die van de vennootschap voorkomt, commanditaire vennoot wordt (art. 7:837 lid 3 BW).

(Sheet 24)

Wat betreft de uittreding van één of enkele vennoten wordt hier opgemerkt dat de wet continuïteit van de vennootschap tot uitgangspunt neemt. In de wet is bepaald in welke gevallen de vennootschap jegens de betrokken vennoot wordt ontbonden, dus wanneer sprake is van relatieve ontbinding (art. 7:818 lid 1 BW). Vereist is wel dat er minimaal twee vennoten overblijven. De goederenrechtelijke regeling bij een dergelijke uittreding is in een afzonderlijk artikel vastgelegd (art. 7:821 BW).

Ik wijs er nog even op dat de vennootschap na ontbinding moet worden vereffend, maar dat die vereffening onder omstandigheden achterwege kan blijven (art. 7:831a BW). Denk aan het geval dat de activiteiten van de vennootschap door één van de vennoten of een hem toebehorende rechtspersoon worden voortgezet.

Voor het geval een vennoot overlijdt is ook een regeling opgenomen. Uitgangspunt is dat, tenzij anders is bedongen, bij het overlijden van een van de vennoten de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten (art. 7:818 lid 1 onder b. BW). Daarnaast is in de wet de mogelijkheid opgenomen waarbij een vennoot door één of meer van zijn erfgenamen wordt opgevolgd (art. 7:822 BW). Daarvoor moet een daartoe strekkend derdenbeding in de overeenkomst worden opgenomen. Blijkens de MvT wordt de opvolging in de vennootschap door een of meerdere vennoten bij overlijden van een vennoot, op die manier zoveel mogelijk los gemaakt van het erfrecht. De contractuele positie van een overleden vennoot gaat, in afwijking van art. 6:249 BW, niet door zijn overlijden over op zijn erfgenamen (art. 7:818 lid 1 onder b BW). Onder erfgenamen moet hier worden verstaan de wettelijke dan wel testamentaire erfgenamen. Niet van belang is of deze erfgenamen de nalatenschap aanvaarden of verwerpen.

(Sheet 25)

Hoewel over de personenvennootschap nog veel meer is te zeggen, wordt tot slot nog aandacht besteed aan de mogelijkheid om een personenvennootschap in een NV of BV om te zetten. De mogelijkheid van omzetting is voorbehouden aan de openbare vennootschap (art. 7:832 lid 1 BW).

De omzetting vindt plaats door middel van een notariële akte van omzetting (art. 7:832 lid 3 BW), nadat een besluit tot omzetting en oprichting van een NV of BV

is genomen (art. 7:832 lid 2 BW). Alle vennoten moeten met het besluit hebben ingestemd. Aan de akte moet een omzettingsbalans worden gehecht, waaruit blijkt dat het eigen vermogen niet negatief is (art. 7:833 lid 1 BW). Door omzetting wordt de openbare vennootschap ontbonden (art. 7:834 lid 1 BW)

Er geldt een bijzondere regeling inzake de aansprakelijkheid van de vennoten die aandeelhouder worden (art. 7:834 lid 3 BW). Zij zijn aansprakelijk voor de schulden van de NV of BV die ontstaan tussen het tijdstip van de omzetting en de dag nadat zes maanden zijn verstreken nadat de inschrijving, deponering en publicatie als bedoeld in art. 7:832 lid 4 BW hebben plaatsgevonden. Na ommekomst van deze termijn vervalt hun aansprakelijkheid. De statuten kunnen deze vervaltermijn verlengen of door een langere verjaringstermijn vervangen. Een vervaltermijn kan niet, maar een verjaringstermijn kan wel worden gestuit.

De aansprakelijkheid van de vennoten (of hun erfgenamen) voor de oude schulden blijft bestaan (art. 7:834 lid 4 BW), dat wil zeggen de aansprakelijkheid voor de verbintenissen die op het moment van omzetting bestaan.

* * * * *