

DE ANTILLIAANSE BV

‘THE ULTIMATE CORPORATE ADVENTURE’

NFR-Cursus, Curaçao 19 februari 2000, Marriott Hotel

Mr K. Frielink, advocaat bij Loyens & Loeff te Curaçao

Het recht van de Nederlandse Antillen is volop in beweging. De Stichting Particulier Fonds (op 1 november 1998 in het leven geroepen) blijkt een zeer succesvol instrument voor tax- en estateplanning. Daarnaast is per 1 januari 2000 de *Landsverordening tot invoering van de Antilliaanse Besloten Vennootschap (BV)* van kracht geworden.

Deze BV lijkt niet op de Antilliaanse NV, en evenmin op de Nederlandse NV en BV. Het is een geheel nieuw, eigentijds en revolutionair product met ongekende mogelijkheden. Wezenlijk uitgangspunt van de wetgever is maximale vrijheid van inrichting en inkleding. Alleen met het oog op de belangen van crediteuren en minderheidsaandeelhouders zijn enkele dwingende waarborgen in de wet opgenomen.

De Antilliaanse BV kan steeds zodanig vorm worden gegeven dat deze lijkt op wat de (buitenlandse) gebruikers in hun eigen rechtsstelsel aantreffen: de BV kan bijvoorbeeld aldus worden ingericht dat deze lijkt op een NV, een Delaware corporation, een BVI company of een GmbH. ‘*U vraagt, wij draaien*’, is het motto. De verwachting is dat deze kameleontische mogelijkheden van de BV aan zijn

aantrekkelijkheid zullen bijdragen. De fiscale facilitatie (het onder voorwaarden kunnen verwerven van de status van Vrijgestelde Vennootschap) wordt een ander groot pluspunt.

Karakter van de BV

Een rechtspersoon is een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen. Een rechtspersoon is echter niet meer dan een creatie van het recht. De BV is een rechtspersoon met één of meer op naam gestelde aandelen. Aandelen aan toonder kunnen niet worden uitgegeven (art. 1 lid 1 LBV). Het bestuur van de BV houdt een aandeelhoudersregister bij (art. 15 LBV), zodat steeds bekend is wie aandeelhouder zijn. Daarom wordt over een 'besloten' vennootschap gesproken.

De wetgever heeft bewust gekozen voor maximale vrijheid van inkleiding en inrichting van de BV. Er kan dus een enorme gevarieerdheid aan statutaire bepalingen ontstaan. Een probleem voor het notariaat lijkt de relatieve onzekerheid die ontstaat, omdat die vrijheid door de wetgever wel wordt gegeven, maar niet of nauwelijks wordt genormeerd. Toch lijkt dit erger dan het is. Bij het maken van bijvoorbeeld allerlei overeenkomsten (koop, maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap) bestaat een vergelijkbare vrijheid, die echter niet als een probleem wordt ervaren. De LBV betekent dan ook niet dat de notarissen nu opeens een grotere kans op aansprakelijkheid lopen, of dat zij zich aan één of twee modellen zullen vastklampen, en derhalve van de gegeven vrij-

heid geen gebruik zullen maken. Het notariaat is prudent genoeg om van de gegeven vrijheid op een verantwoorde manier gebruik te maken.

Oprichting en statuten

Voor de oprichting van een BV en voor iedere statutenwijziging nadien is een notariële akte vereist. De oprichting kan echter snel en zonder al teveel formaliteiten plaatsvinden. De oprichters van de BV zijn vrij in de taal waarin de akte moet luiden, zolang de notaris de betreffende taal maar verstaat. In de praktijk zullen met name aktes in de Engelse taal worden verleden. Ter zake van een vestigings-, directie- en deviezenvergunning en de verplichting een locale vertegenwoordiger te hebben, gelden dezelfde regels als bij de NV.

Er is voor de oprichting geen 'verklaring van geen bezwaar' nodig: de preventieve toetsing wordt niet ingevoerd. Er komt wel een 'monitoring committee' bestaande uit deskundigen die reeds gepasseerde aktes onder de loep zullen nemen en op grond van hun bevindingen eventuele aanbevelingen voor wetgeving kunnen doen. Mogelijk dat deze commissie ook als vraagbaak voor het notariaat kan fungeren.

Hoewel bij de NV al niet ongebruikelijk, laat de regeling ten aanzien van de BV zonder meer toe dat allerhande contractuele bepalingen tussen aandeelhouders onderling of tussen aandeelhouders en de vennootschap, in de statuten worden opgenomen. Met name bij *joint venture*-verhoudingen en familievennootschappen bestaat daaraan in de praktijk behoefte.

Kapitaalstructuur

Begrippen als maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal komen in de BV-wetgeving niet voor. Er is dus ook geen minimumkapitaal vereist, tenzij in de statuten een dergelijke eis toch zou worden opgenomen.

De BV kent uitsluitend aandelen op naam. Aandelen kunnen wel, geen of beperkt stemrecht hebben. Aandelen kunnen wel, niet of beperkt delen in de winst. Aan aandelen kan al dan niet een nominale waarde worden toegekend. En als aandelen een nominale waarde hebben, kan deze per aandeelklasse verschillen, en bovendien kan deze in (meerdere) vreemde valuta luiden.

Er zijn maar twee formele beperkingen: het (bedrijfseconomische) eigen vermogen van de BV mag bij oprichting niet negatief zijn én bij de oprichting moet één aandeel met volledig stemrecht dat deelt in de winst worden geplaatst bij de oprichter of een derde c.q. twee aandelen waarvan één met volledig stemrecht en één dat deelt in de winst.

Bij verschillende soorten aandelen moet onder meer worden gedacht aan gewone aandelen, preferente aandelen, cumulatief preferente aandelen, prioriteitsaandelen, en alle vormen en varianten die verder nog denkbaar zijn.

Winstrechten

Niet aan alle aandelen behoeft een recht op een aandeel in de winst te zijn verbonden. Is sprake van aandelen met een nominale waarde dan ligt het voor de hand het winstrecht daaraan te relateren. Bestaan er aandelen met verschillende nominale waarden naast elkaar, dan moeten de statuten een regeling inzake het winstrecht bevatten. Naast aandeelhouders kunnen ook anderen tot de winst zijn gerechtigd, bijvoorbeeld houders van winstbewijzen.

Hoofdregel bij de BV is dat de algemene vergadering van aandeelhouders over de uitkering of inhouding van de winst en over het doen van andere uitkeringen ten laste van het (bedrijfseconomische) eigen vermogen beslist, en dat ieder aandeel recht geeft op een gelijk bedrag. De statuten kunnen echter een andere regeling bevatten. De Memorie van Toelichting zegt met zoveel woorden dat er volledige vrijheid bestaat om deze zaken naar eigen inzicht te regelen, zolang maar aan het vereiste van een 'volwaardig' aandeel is voldaan. In plaats van de vergadering van aandeelhouders kan bijvoorbeeld het bestuur of de raad van commissarissen als het bevoegde orgaan terzake van een beslissing tot 'uitkering of inhouding' worden aangewezen.

In de Landsverordening is vastgelegd dat de statuten van de BV de *verdeling* geheel of gedeeltelijk kunnen overlaten aan een daartoe aangewezen orgaan, bijvoorbeeld de raad van commissarissen. Dit is nieuw en is bij de NV niet mogelijk (bij de NV kan wel een ander orgaan over de *winstbestemming* beslissen). Over

de verdeling zelf kunnen de statuten van de BV zwijgen. Dat kan soms wenselijk zijn: gedacht kan worden aan concerns met 'twin-shares', joint venture-verhoudingen en familiebedrijven, ofwel gevallen waarin niet alle aandelen gelijk behoeven te worden behandeld. De wet bevat geen enkele normering voor het orgaan dat over de verdeling beslist.

Bestuur en toezicht

Behoudens beperkingen in de statuten is het bestuur belast met het besturen van de BV en bevoegd tot haar vertegenwoordiging.

Het bestuur van de BV kan als *one tier board* of als *two tier board* worden ingericht. In het eerste (Angelsaksische) geval is er een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, zonder dat enige personele unie is vereist. Een of meer leden van het algemeen bestuur kunnen tevens lid zijn van het dagelijks bestuur, mits zij in het algemeen bestuur een minderheid vormen. Het dagelijks bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, alsmede met de vertegenwoordiging van de vennootschap behoudens beperkingen in de statuten. Ik begrijp die bepaling aldus dat het algemeen bestuur niet tot vertegenwoordiging bevoegd is. Weliswaar hebben leden van het algemeen bestuur en van het dagelijks bestuur gelijkelijk als bestuurder te gelden, maar in lid 3 van artikel 40 wordt het dagelijks bestuur met zoveel woorden vertegenwoordigingsbevoegd verklaard.

De *two tier management structure* is het traditionele systeem in Nederland en de Nederlandse Antillen, waarbij toezicht op het bestuur door een afzonderlijke raad van commissarissen plaatsvindt.

Wettelijke en statutaire beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen aan derden worden tegengeworpen, de zogeheten *externe werking*. Bewust is niet gekozen voor het onder meer in Nederland gehanteerde zogeheten 'richtlijnstelsel', waarbij slechts aan enkele met name genoemde beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid externe werking wordt toegekend. Voor de Antilliaanse NV geldt hetzelfde stelsel als thans voor de BV met zoveel woorden is vastgelegd. Iedere bestuurder van de BV is te allen tijde bevoegd en desgevraagd verplicht om aan een belanghebbende derde uitsluitel te geven over de vraag of aan een statutaire of wettelijke voorwaarde voor het intreden van vertegenwoordigingsbevoegdheid is voldaan. Met zijn uitspraak (juist of niet) dat aan een dergelijke voorwaarde is voldaan, vervalt voor de BV de mogelijkheid zich op overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid te beroepen.

Bij sommigen bestaat het idee dat de aansprakelijkheid van bestuurders bij de BV meer verstrekkend is dan bij de NV, en dat het moeilijk zal zijn om bestuurders voor een BV te vinden. Daarbij wordt voorbij gegaan aan (de met name jurisprudentiële ontwikkeling van) het aansprakelijkheidsrecht, zoals dat reeds thans voor bestuurders van een NV geldt. Ten aanzien van bestuurders van een BV is dit thans samenvattend in de wet opgenomen, en kennelijk schrikken sommigen daarvan. Ook bij de BV is het uitgangspunt een hoofdelijke aansprakelijk-

heid van alle bestuurders. Van belang is echter dat een taakverdeling tussen bestuurders op de aansprakelijkheid van invloed kan zijn. Niet aansprakelijk is de bestuurder, die bewijst dat het schadeveroorzakende feit, mede gelet op zijn werkkring, niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Überschuldung

Gaat het financieel slecht met een vennootschap dan is het bestuur verplicht actie te ondernemen. Het niet of niet tijdig nemen van gepaste actie kan leiden tot aansprakelijkheid, in het bijzonder wanneer verplichtingen worden aangegaan waarvan is te voorzien dat deze niet kunnen worden nagekomen (HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 inzake Romme/Bakker). Dat is kortweg het uitgangspunt in het bestaande Antilliaanse en het Nederlandse recht. Bij de BV is dat nader uitgewerkt in een meer gedetailleerde regeling die in Duitsland als het leerstuk *Überschuldung* bekend staat.

De regeling komt er in het kort op neer dat wanneer het bedrijfseconomische eigen vermogen van de BV negatief is of wanneer moet worden vastgesteld dat de BV binnen afzienbare tijd niet meer in staat zal zijn haar schulden tijdig te voldoen, het bestuur de aandeelhouders daarover zo adequaat mogelijk moet informeren, onder gelijktijdige bijeenroeping van een algemene vergadering van aandeelhouders. Binnen veertien dagen na de mededeling aan de aandeelhouders vraagt het bestuur surséance van betaling aan, tenzij vóór dat tijdstip in

de financiële positie van de BV een zodanige wijziging is opgetreden dat de grond voor de mededeling vervallen is, dan wel andere maatregelen zijn genomen waardoor de belangen van bestaande en toekomstige crediteuren afdoende zijn gewaarborgd. Nalatigheid leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur, zulks met individuele disculpatiemogelijkheden.

Fusie en omzetting

Revolutionair zijn de bepalingen inzake fusie en omzetting. De Antilliaanse NV kan in een BV worden omgezet en omgekeerd. Een buitenlandse rechtspersoon kan in een BV worden omgezet, mits het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich daartegen niet verzet. Het omgekeerde is ook mogelijk, mits daarmee naar dat buitenlandse recht het bestaan van de rechtspersoon als vennootschap niet wordt beëindigd.

In het kader van een fusie kan de BV optreden als verkrijgende vennootschap. Verdwijnende vennootschap kunnen zowel een BV als een NV zijn, maar evenzeer een buitenlandse rechtspersoon, mits het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich daartegen niet verzet.

Vrijheid van inrichting

Vrijheid van statutaire inrichting is het kernbegrip bij de BV. Alles mag, tenzij de wet of de openbare orde en goede zeden zich daartegen verzetten.

Wat kunnen - afgezien van hetgeen hiervoor reeds aan de orde kwam - de statuten van de BV bepalen, wat bij de Antilliaanse NV op problemen stuit? Ik noem slechts een paar punten:

- de BV kan aandelen uitgeven en in de statuten bepalen dat deze na een bepaalde tijd vervallen onder de verplichting voor haar tot terugbetaling aan de aandeelhouder
- de BV kan aandelen uitgeven waarop een vaste, jaarlijkse uitkering plaatsvindt, ongeacht of er winst wordt gemaakt (leningsaandelen; de uitkering hoeft immers niet uit de winst te worden gedaan)
- de BV kan obligaties uitgeven waaraan stemrecht in de aandeelhoudersvergadering is verbonden
- bij de BV kan worden bepaald dat (bijvoorbeeld) het zittende bestuur de nieuwe bestuurders benoemt
- in de statuten van de BV kan worden bepaald dat een bepaald aantal aandeelhouders of een met name genoemde aandeelhouder vóór een besluit dient te stemmen wil het kunnen worden aangenomen
- in de statuten van de BV kunnen arbitrale bepalingen worden opgenomen voor bijvoorbeeld geschillen tussen aandeelhouders en inzake de geldigheid van besluitvorming

Het zal u zijn opgevallen dat de grenzen tussen bijvoorbeeld aandelen en obligaties enigszins vervagen. Voor civilisten, zoals ik, is daar best mee te leven, maar u zit met een probleem. Hoe moet bijvoorbeeld een niet-stemgerechtigd lenings-

aandeel worden gekwalificeerd? Het antwoord op deze vraag is van belang voor de toepassing van artikel 11A van de *Landsverordening op de winstbelasting*: is het een vordering die kan worden afgewaardeerd met de gevolgen als omschreven in dit artikel? Ik stip de vraag slechts aan en ben benieuwd naar het antwoord.

Voor wie is de BV?

De BV is voor iedereen. De BV is uitermate geschikt voor wat als *off shore industrie* (financiële dienstverlening, buitenlandse investeerders, internationale holdingstructuren) bekend staat, en waarvoor nu de Antilliaanse NV of buitenlandse vehikels worden gebruikt. Zowel zijn flexibele karakter als zijn (verwachte) fiscale facilitering zullen de BV in staat stellen de plaats van de NV of het buitenlandse vehikel in te nemen.

Door de bijna ongekende mogelijkheden van inrichting en inkleding is de BV uitermate geschikt als (internationale) *joint venture*-vennootschap. Het belangrijkste deel van hetgeen doorgaans in een overeenkomst tussen de joint venture-partners wordt vastgelegd, kan bij de BV zonder bezwaar in de statuten worden opgenomen, met als voordeel dat statuten ook aan derden kunnen worden toegeworpen.

Ook voor *venture capitalists* en andere investeerders die om wat voor reden dan ook behoefte hebben aan een flexibele vennootschapsstructuur is de BV uiter-

mate geschikt. Tenslotte is de BV ook als een 'recht toe, recht aan'-vennootschap in te richten.

De Nederlandse BV als Vrijgestelde Vennootschap

Tot slot wijs ik er op dat een Nederlandse BV, die wezenlijk verschilt van de Antilliaanse BV, op het eerste gezicht niet in aanmerking lijkt te komen voor de status van Vrijgestelde Vennootschap als bedoeld in artikel 1A lid 1 onder g van de *Landsverordening op de Winstbelasting*, zoals op 1 januari 2000 in werking getreden, ook niet wanneer deze Nederlandse BV haar feitelijke zetel naar de Nederlandse Antillen heeft verplaatst.

In deze bepaling is namelijk met zoveel woorden vastgelegd dat alleen een naar het recht van de Nederlandse Antillen *opgerichte* BV voor de status van vrijgestelde vennootschap in aanmerking kan komen.

Ik zou echter menen dat op grond van de non-discriminatiebepaling van artikel 1 van de BRK dit vereiste als niet-geschreven mag worden beschouwd.

De vraag is dan natuurlijk meteen hoe het zit met andere vennootschappen (GmbH's, Delaware corporations, etc.): bij gebreke aan een verdrag denk ik dat deze vennootschappen weinig kans maken. Misschien dat alleen Noorse vennootschappen geluk hebben, maar eerlijk gezegd heb ik het verdrag met Noorwegen er niet op nageslagen.