

DE ANTILLIAANSE BESLOTEN VENNOOTSCHAP

Cursusonderdeel: 'Statuten van de BV'

Woensdag 20 oktober 1999 van 18.00 tot 19.00

Docent: mr K. Frielink

1. Inleiding

In dit cursusonderdeel staan het karakter van de statuten van de BV en de normering van de inrichting daarvan centraal.

2. Aard en karakter van statuten

Nu door de wetgever bij de vormgeving en inrichting van de BV voor maximale vrijheid is gekozen, is er reden stil te staan bij de vraag hoe we tegen de aard van statuten moeten aankijken.

2.1 Opvatting Van der Grinten c.s.

In zijn Handboek (9e druk 1976, nr. 149, p. 189) omschrijft Van der Grinten statuten als volgt: *'De statuten zijn de eigen fundamentele organisatieregels van de individuele vennootschap. Zij identificeren de vennootschap en hebben tevens een normerend karakter. Zij stellen rechten, bevoegdheden en verplichtingen vast. (...) In het bijzonder de interne rechtsverhoudingen in de rechtspersoon worden door de statuten bepaald.'*

Maeijer (Asser-Maeijer 2-III, *De naamloze en de besloten vennootschap*, 1e druk 1994, nr. 56, p. 61) merkt ten aanzien van statuten op, dat deze voor een goed deel het eigen, niet-contractuele rechtsregime van de vennootschap als rechtspersoon bepalen, waaraan de oprichters, de later toetredende aandeelhouders en ook de vennootschap zelf zijn gebonden.

Hieruit moet worden afgeleid dat statuten kennelijk een ander karakter hebben dan een overeenkomst. Statuten dragen een meer algemeen karakter, en hebben ook gelding voor diegenen die later tot enig orgaan van de vennootschap toetreden. Ze lijken dus een beetje op algemene voorwaarden, al is het wat gewaagd om die vergelijking te maken. Wat statuten met algemene voorwaarden gemeen hebben, is dat ze in beginsel worden ontworpen voor een ongelimiteerd aantal personen: de statuten hebben immers ook gelding voor toekomstige aandeelhouders, bestuurders en commissarissen, gelijk algemene voorwaarden beogen te gelden voor een willekeurig aantal toekomstige contractspartijen.

Dit meer algemene karakter van de werking van de statuten brengt met zich dat wanneer een geschil ontstaat over de uitleg van statuten, slechts geringe betekenis toekomt aan de bedoeling van de oprichters van de BV of van degenen die een latere statutenwijziging hebben bewerkstelligd. Een vennootschap (NV of BV) is in de gangbare opvatting ook geen overeenkomst tussen de oprichters-aandeelhouders, maar een zelfstandig instituut: een rechtspersoon, derhalve een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen (de institutionele leer). Met andere woorden: de vennootschap ontwikkelt zich los van haar oorspronkelijke vormgevers. Het ligt dan ook voor de hand de statuten aan de hand van meer objectieve maatstaven te interpreteren dan aan de hand van de bedoeling van deze vormgevers: wat is in de gegeven omstandigheden en gelet op alle rechtens relevante belangen de meest redelijke uitleg?

De statutaire inrichting van een vennootschap zoals deze in statuten vastligt is niet slechts een interne aangelegenheid, maar is ook een extern blijvend gegeven. Niet alleen aandeelhouders, directeuren en commissarissen hebben hiermee te maken, maar ook derden, zoals werknemers (ondernemingsraad), financiers en leveranciers. Zij kunnen, omdat de statuten bij het handelsregister worden gedeponneerd, daarvan kennis nemen en aan de hand daarvan bepalen hoe zij met de vennootschap zullen omgaan (F.K. Buijn, *Statuten: terug naar de overeenkomst?*, Ondernemingsrecht 5 (1999), p. 120-123).

In deze traditionele opvatting over de aard van de statuten, worden de statuten als een soort grondwet voor de vennootschap beschouwd, bij het redigeren waarvan het

algemene karakter zoveel mogelijk voorop staat, en waarin geen bepalingen worden opgenomen die in de regel bijvoorbeeld in een aandeelhoudersovereenkomst worden opgenomen.

2.2 Alternatieve opvatting

Mijn benadering is een andere. Een benadering overigens die in zowel de Nederlandse als de Antilliaanse notariële praktijk door redelijk wat notarissen wordt gevolgd en waarin ik mij wel kan vinden.

In het kort komt het er op neer dat ik geen principiële bezwaren heb tegen het in de statuten opnemen van afspraakachtige bepalingen: zeg maar van contractuele afspraken tussen aandeelhouders, eventueel met de vennootschap. Ik zeg bewust ‘principeel’ omdat van geval tot geval moet worden beoordeeld of iets dergelijks wel wenselijk is.

Ik stel mij vandaag niet de vraag in welke concrete gevallen het opnemen van dergelijke afspraken wel of niet wenselijk is, maar slechts de vraag wat zich principieel tegen het opnemen van stukjes overeenkomst of hele overeenkomsten in de statuten zou (kunnen) verzetten. In zijn artikel *Statuten: terug naar de overeenkomst?* (Ondernemingsrecht 5/1999, p. 123) noemt de Rotterdamse notaris Buijn drie bezwaren tegen de alternatieve benadering. Ik zal deze stuk voor stuk bespreken.

Hij noemt in de eerste plaats een formeel argument: overeenkomsten (waaronder aandeelhoudersovereenkomsten) kun je in beginsel op vormvrije wijze wijzigen, terwijl voor een statutenwijziging een notariële akte is vereist. Dat lijkt mij hoogstens een bezwaar van praktische aard, waarmee je rekening moet houden als je statuten ontwerpt waarin ook contractuele regelingen voorkomen, maar geen principieel bezwaar. Dit lijkt mij dus geen overtuigend bezwaar.

Ik merk daar toch nog iets over op, omdat de zaak naar mijn gevoel nog iets gecompliceerder ligt. Ik noem twee voorbeelden om dat te illustreren:

- a. Een overeenkomst tussen aandeelhouders is in de statuten opgenomen. Vanuit het overeenkomstenrecht geredeneerd kan een overeenkomst alleen met instemming van alle partijen plaatsvinden. De statuten van de BV laten echter een statutenwijziging bij enkelvoudige meerderheid toe. Kan deze minimale meerderheid nu de overeenkomst wijzigen tegen de zin van de andere aandeelhouders/contractanten? Ik zou menen van niet: wie voor de ‘hybride’ weg van een overeenkomst in de statuten kiest, moet rekening houden met een dubbele set regels, namelijk zowel die van het vennootschapsrecht als die van het overeenkomstenrecht.

- b. Een overeenkomst tussen de aandeelhouders en de vennootschap is in de statuten opgenomen. De vennootschap heeft geen zeggenschap over de wijziging van de statuten. Kunnen de aandeelhouders via een statutenwijziging nu de overeenkomst eenzijdig wijzigen? Ik zou wederom menen van niet.

Een tweede bezwaar dat Buijn noemt is het kenbaarheidsvereiste. De statutaire inrichting van een BV dient, zoals we zagen, ook voor derden kenbaar te zijn: statuten moeten dan ook via het handelsregister raadpleegbaar zijn. Volgens Buijn staat daarmee op gespannen voet dat een gedeelte van de regelingen die tussen aandeelhouders en de vennootschap gelden niet is gepubliceerd: hij doelt hier op het geval dat de statuten van een BV melding maken van een overeenkomst tussen de aandeelhouders en de vennootschap, maar deze overeenkomst niet openbaar is. Eerlijk gezegd zie ik niet goed wat Buijn nu precies bedoelt. In de regel zijn dergelijke overeenkomsten niet openbaar. Wordt er in de statuten naar verwezen, dan weten derden wel van het bestaan, maar niet van de inhoud. Ik zie niet in wat daaraan bezwaarlijk is, nu deze derden (het woord zegt het al) geen partij zijn bij deze overeenkomst en daaraan geen rechten kunnen ontleen, maar daaraan ook niet gebonden zijn. Dit tweede bezwaar is dus mijns inziens niet steekhoudend.

Het derde bezwaar van Buijn is, zoals hij dat zelf noemt, van dogmatische aard. De heersende opvatting huldigt immers de institutionele leer, en door in de statuten naar afspraken tussen aandeelhouders te verwijzen, wordt afbreuk aan deze leer gedaan.

Anders gezegd: een vennootschap is een zelfstandige entiteit in ons rechtsdenken, en geen vehikel van contractuele aard, en dus mogen in de statuten ook geen regelingen van contractuele worden opgenomen. Laat ik vooropstellen dat deze conclusie mij niet dwingend van karakter lijkt. De institutionele leer verzet zich niet tegen het opnemen van contractuele bepalingen in de statuten. Maar dat verweer is mij toch enigszins te eenvoudig.

De institutionele leer (de NV of BV als zelfstandige entiteit, die zich los van haar oprichters ontwikkelt, en onder omstandigheden ook tegenover haar kapitaalverschaffers kan staan) lijkt mij geen onjuist vertrekpunt. Maar in navolging van onder andere M.J.G.C. Raaijmakers (*Rechtspersonen tussen contract en instituut*, oratie 1987, 24 p.) moet er op worden gewezen dat de NV- of BV-vorm in de praktijk niet zelden door adviseurs wordt aangeraden, ook in de gevallen dat bij de oprichters/aandeelhouders de partnership-gedachte (het idee van samenwerken) centraal staat. Het zijn bijvoorbeeld fiscale motieven die de keuze ten gunste van een NV of BV doen uitvallen, daar waar de intentie en het doel van de oprichters misschien beter bij een personenvennootschap passen. Een andere reden om voor een NV of BV te kiezen kan zijn gelegen in het feit dat onze personenvennootschappen in het buitenland vaak als vreemde eenden in de bijt worden beschouwd, die om wat voor reden dan ook niet het om commerciële redenen gewenste eigen gezicht verschaffen (M.W. den Boogert, *Aanpassing van Boek 2 BW voor joint venture-doeleinden?*, AA 5 (1995), p. 354).

Bovendien, en dat nog daargelaten van de institutionele leer nu precies inhoudt, is er geen enkele reden om star en dogmatisch aan principes vast te houden, zeker niet wanneer de praktijk niet alleen aangeeft dat behoefte aan een andere benadering bestaat, maar die andere benadering ook reeds in praktijk brengt. Het heeft zeker vanuit dogmatisch oogpunt zin om na te denken over het karakter van een NV of BV, omdat het ons inzicht in dergelijke verschijnselen vergroot, maar in de praktijk kan men zeer wel uit de voeten met de gedachte dat NV's en BV's creaties van het recht zijn die op hun eigen merites moeten worden beoordeeld. Met andere woorden: de historische herkomst of

geworteldheid van vennootschappen moet niet een te grote belemmering vormen om zoveel mogelijk naar eigen inzicht en verlangens vorm te geven aan een vennootschap.

Buijn kan zich in een dergelijke benadering niet vinden en schrijft met grote stelligheid: *‘Aanvaarding van de gedachte (ik zou menen: van de praktijk –KF) dat een verwijzing naar een overeenkomst (in de statuten –KF) mogelijk zou zijn, zou een stap terug betekenen naar de algemeen verlaten overeenkomst-theorie. De NV en BV zijn geen samenwerkingsverband dat tussen ‘vennoten’ tot stand wordt gebracht.’*

Bij beursvennootschappen zal de samenwerkingsgedachte inderdaad zelden of nooit zijn terug te vinden. Maar hoe zit het bij joint venture-vennootschappen of bij familievennootschappen? Een gevarieerde praktijk vraagt om een genuanceerde benadering. Bovendien kan men zich afvragen of er niet een ontwikkeling gaande is waarbij kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen naar elkaar toegroeien, met behoud van het beste van iedere vorm. De Antilliaanse BV lijkt mij een sterke aanwijzing voor deze ontwikkeling, maar dat geldt evenzeer voor de hybride vennootschappen (de rechtspersonen naar Nederlands of Antilliaans recht die naar Amerikaans recht als een personenvennootschap kwalificeren).

In Nederland is destijds de BV als een kloon van de NV ingevoerd, met als gevolg een groot aantal bepalingen van dwingend recht en relatief weinig flexibiliteit. Voor de invoering van de Antilliaanse BV is voor een duidelijk andere benadering gekozen. Naar mijn idee heeft de wetgever onder meer beoogd een rechtspersoon in het leven te roepen die rekening houdt met de praktijk dat de meeste vennootschappen slechts enkele aandeelhouders kennen en met mogelijkheid dat de oprichters-aandeelhouders als partners willen samenwerken.

3. Eisen die aan statuten mogen worden gesteld

Uitgangspunt bij de Antilliaanse BV is maximale vrijheid van inkleding en inrichting, waarbij slechts een aantal dwingend in de *Landsverordening inzake de besloten vennootschap* (‘LBV’) voorgeschreven randvoorwaarden in acht moeten worden genomen.

Dit betekent dat een enorme gevarieerdheid aan regelingen kan ontstaan en dat van het notariaat een meer bijzondere inspanning wordt verwacht dan bij het oprichten van NV's of het wijziging van de statuten daarvan.

Een probleem voor het notariaat is daarbij de relatieve onzekerheid die ontstaat, omdat die vrijheid wel door de wetgever wordt gegeven, maar niet wordt genormeerd. Deze onzekerheid zal op termijn door literatuur en met name rechtspraak kunnen afnemen. Bij de vraag of bepaalde regelingen wel of niet in de statuten van een BV kunnen worden opgenomen, kan men niet zonder meer afgaan op hetgeen voor de Antilliaanse NV of de Nederlandse NV en BV is bepaald in wet en rechtspraak. Aan deze bepalingen kan wel inspiratie worden ontleend, maar ze klakkeloos als toetssteen voor de Antilliaanse BV gebruiken is bepaald niet de bedoeling.

Laten we ook niet vergeten dat aan de systematiek van het bestaande vennootschapsrecht argumenten kunnen worden ontleend voor de bestaande wettelijke NV-bepalingen. De BV maakt echter niet, en zeker niet ten volle, deel uit van de bestaande systematiek van het vennootschapsrecht. Als we voor de interpretatie van BV-bepalingen dus al kijken naar die andere regelingen, dan moeten we ons steeds de vraag stellen naar de intrinsieke waarde daarvan.

Dat de wetgever voor maximale vrijheid van inrichting en inkleding kiest betekent ook dat constructies niet te snel moeten worden afgewezen met een beroep op vage normen als de 'vennootschappelijke orde'. Collega Honée gaf afgelopen maandag al aan dat die vennootschappelijke orde zich ten aanzien van de BV nog moet ontwikkelen. Die 'orde' wordt immers mede bepaald door de wijze waarop aan de toekomstige BV's vorm zal worden gegeven, en daarover kan op voorhand dus nog niet zoveel worden gezegd. Het begrip dient daarnaast, net als bijvoorbeeld een begrip als het 'algemeen belang', nader inhoud te worden gegeven wil het een bruikbaar criterium zijn. Zonder nadere concretisering zijn deze begrippen te vaag en te onbepaald om een rol van betekenis te spelen.

Bovendien is het verstandig om wettelijke bepalingen niet te snel te kritiseren, omdat ze in hun concrete uitwerking tot onwenselijke resultaten kunnen leiden. Dat is nu eenmaal inherent aan een wet die beoogt slechts het raamwerk voor een vennootschap te creëren en het verder aan de prudentie van de betrokken notarissen over te laten welke regelingen zij wel en niet in de statuten opnemen. Het notariaat wordt aldus in staat gesteld om *tailor made*-vennootschappen af te leveren.

Dat grote vrijheid bestaat betekent niet dat een willekeurig aantal bepalingen bij elkaar kan worden geraapt en worden voorzien van het kopje 'statuten'. Van statuten mag ten minste worden verwacht dat ze inhoudelijk coherent (samenhangend) en consistent (geen innerlijke tegenstrijdigheden) zijn.

Bovendien moeten de statuten in ieder geval de bepalingen bevatten die in de LBV staan opgesomd in onder andere artikel 4: de naam, zetel en het doel. Het klinkt misschien wat merkwaardig, maar omtrent aandelen hoeven de statuten zelf niets te bepalen. In dat geval komen aan alle geplaatste aandelen (die alsdan geen nominale waarde hebben) gelijke zeggenschaps- en winstrechten toe (artt. 11, 25 lid 3 en 31 LBV).

Ik wijs er op dat bij de oprichting van een BV de statuten een onderdeel van de akte van oprichting vormen: dat blijkt ook met zoveel woorden uit art. 3 lid 1 onder a van de LBV. De akte van oprichting bevat daarnaast andere bepalingen, waaronder het aantal en soort te plaatsen aandelen en bij wie die worden geplaatst, en de benoeming van de eerste bestuurders.

Art. 23 lid 1 LBV bepaalt met zoveel woorden dat het boekjaar van de BV gelijk is aan het kalenderjaar, tenzij de statuten anders bepalen. De afwijking moet dus in de statuten staan en niet juist is het, zoals bij de NV abusievelijk ook wel eens gebeurt, om de afwijking ten aanzien van het eerste (in de regel maar een gedeeltelijk) boekjaar, namelijk de verlenging tot ultimo het tweede boekjaar, in de slotverklaring in de akte van oprichting op te nemen.

De moeilijkste vraag waar het notariaat zich voor geplaatst ziet is wat de grenzen van de mogelijkheden zijn, waarbij ik er terzijde op wijs dat niet iedere overschrijding van die grenzen automatisch leidt tot aansprakelijkheid van de betrokken notaris. Dit zal slechts anders zijn wanneer door de ongeldigheid van een bepaling schade wordt geleden, en bij de notaris gerede twijfel bestond of had behoren te bestaan omtrent de geldigheid van deze bepaling en hij zijn cliënten daarvan niet tijdig deelgenoot heeft gemaakt: die cliënten kunnen immers besluiten 'de gok te nemen'. In de praktijk ligt het allemaal nog iets gecompliceerder, maar daaraan wordt hier verder voorbij gegaan.