

PAO-Cursus Radboud Universiteit Nijmegen & de UNA

## **Hoofdstukken Ondernemingsrecht**

### **“Actuele ontwikkelingen flexibele tropische BV”**

Maandag 26 februari 2007 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.45 – 20.30 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Voor vragen en opmerkingen: [Karel.Frielink@Spigthoff.com](mailto:Karel.Frielink@Spigthoff.com). In *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Antillen.

## **2**

Niet iedereen van u is volledig thuis in ons rechtspersonenrecht. Ik zal daarom eerst enkele aspecten van de Antilliaanse NV en BV beschrijven.

Overzicht recente wetgeving in de Nederlandse Antillen:

- 1 november 1998: Stichting Particulier Fonds (SPF) / Private Fund Foundation
- 1 januari 2000: de besloten vennootschap (BV)
- 1 en 15 januari 2001: nieuw Burgerlijk Wetboek (Boeken 3, 5, 6, 7 en 8)
- 1 januari 2002: toezicht trustkantoren / 1 januari 2004 gewijzigd
- 1 januari 2003: toezicht op beleggingsinstellingen en administrateurs
- 1 maart 2004: Boek 2 BW (rechtspersonen)

### 3

Boek 2 BW (in werking getreden op 1 maart 2004) regelt:

- Verenigingen (incl. coöperatie & OWM)
- Stichtingen (gewone stichting & SPF)
- Naamloze vennootschappen (NV), ook de grote NV
- Besloten vennootschappen (BV)
- De aandeelhouder-bestuurde BV (ABBV)

### 4

Boek 2 BW bevat ook regelingen ten aanzien van:

- Uitkoop (95%, statutair 90%)
- Uittreding
- Uitstoting (gedwongen overdracht)
- Omzetting (ook grensoverschrijdend)
- Fusie & splitsing
- Mini-enquête (alleen bij de stichting)

### 5

Overzicht belangrijkste kenmerken van Boek 2 BW:

- Maximale vrijheid van vormgeving en inrichting van rechtspersonen  
Vrijheid van statutaire inrichting is dus het kernbegrip in Boek 2 BW. Alles mag, tenzij de wet of de openbare orde en goede zeden zich daartegen

verzetten. In Boek 2 BW zijn niet de in Nederland bestaande bepalingen opgenomen die verband houden met een verplichte kapitaalbescherming. Denk in dat verband aan een verplichte minimumstorting bij Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen en het verbod op financiële steunverlening door een vennootschap aan degene die aandelen in haar kapitaal wil verwerven (de zogeheten '207c' problematiek).

- Introductie van de aandeelhouderbestuurde besloten vennootschap (ABBV)
- Keuze tussen een monistisch ('English/American one-tier board') of dualistisch bestuursmodel (het klassieke continentale 'two-tier system')
- Keuze tussen aandelen met, zonder of beperkt stemrecht

## 6

- Keuze tussen aandelen met en zonder nominale waarde, alsmede verschillende nominale waarden al dan niet uitgedrukt in verschillende valuta
- De keuze tussen wel, niet of beperkt tot de winst (of het liquidatiesaldo) gerechtigde aandelen
- Omzetting van rechtspersoonsvormen in andere rechtspersoonsvormen; Bij de omzetting van of in een stichting (waaronder een SPF) en wanneer een BV of NV zich in een vereniging wil omzetten, is een rechterlijke machtiging nodig (art. 2:300 lid 4 BW); Grensoverschrijdende omzetting is mogelijk: zowel import als export (art. 2:303 BW). Vroeger heette dit zetelverplaatsing. Emigratie is alleen mogelijk voor NV, BV en stichting; vereist is een verklaring afgegeven en getekend door alle bestuurders die ten tijde van het omzettingsbesluit met de in artikel 2:15 BW omschreven taken waren belast en (bij de NV en BV) alle stemgerechtigde aandeelhouders, die niet tegen het voorstel tot omzetting hebben ge-

stemd, waarin de ondertekenaars zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de vennootschap/stichting die bestaan op het tijdstip dat de omzetting onaantastbaar is (art. 2:304 BW).

- Grensoverschrijdende juridische fusie naar de Nederlandse Antillen (alleen de Nederlands Antilliaanse rechtspersoon kan als verkrijgende rechtspersoon optreden; een buitenlandse rechtspersoon kan alleen als verdwijnende rechtspersoon optreden, op voorwaarde dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzet; art. 2:323a BW)

## 7

De oprichting van een NV, BV en ABBV

- Notariële akte (vrije taalkeuze, zolang de notaris het maar begrijpt)
- Geen 'verklaring van geen bezwaar' vereist (heeft voor de BV ook nooit bestaan)
- De aandeelhoudersovereenkomst kan in de statuten worden opgenomen

## 8

Kapitaalstructuur bij de NV, BV en ABBV

- Er is geen minimum kapitaal voorgeschreven
- Eventuele nominale waarde van aandelen mag worden uitgedrukt in verschillende valuta.
- Ingeval van een nominale waarde geldt die als ondergrens voor onder meer de stortingsplicht (vgl. art. 2:101/201 lid 3 en 2:107/207 lid 1 BW).

- Rechten die stemrecht noch aanspraak op winstuitkering omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt (art. 2:100/200 lid 3 BW)

## 9

Volwaardig aandeel (art. 2:100/200 lid 2 BW):

- een aandeel met volledig stemrecht, dat deelt in de winst, dan wel één aandeel met volledig stemrecht en één aandeel dat deelt in de winst
- Ook mogelijk: meerdere aandelen die tezamen die volwaardigheid vormen

Ratio volwaardig aandeel (MvT): een vennootschap kan zonder (een vergadering van) aandeelhouders niet functioneren

Er is over de Antilliaanse NV en BV nog veel meer te zeggen, maar we gaan nu over op de actualiteit. Op naar Aruba.

## 10

Het was de bedoeling dat op 1 januari 2007 de VBA (Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid) geboren zou worden. De Arubaanse variant op de flexibele BV. Dat is niet gebeurd. Kennelijk heeft het onderwerp niet die politieke prioriteit die nodig was om tot invoering per die datum te komen. We moeten het dus doen met het ontwerp van de landsverordening en de bijbehorende MvT.

In de MvT is te lezen, en hoe kan het ook anders, dat het voor de economie van Aruba van belang is dat Aruba aantrekkelijk is als vestigingsland voor binnenlandse en buitenlandse bedrijven en investeerders. De MvT vervolgt: *“Om de aantrekkelijkheid van Aruba voor het internationale bedrijfsleven en investeerders uit binnen- en buitenland verder te bevorderen, achten wij thans*

*modernisering van het vennootschapsrecht noodzakelijk. Ook de organisaties van ondernemers en van de juridische en financiële dienstverleners hebben aangegeven dat aan modernisering van het vennootschapsrecht dringend behoefte bestaat. ”*

## **11**

In Aruba kennen we thans de NV en de AVV. De NV is geregeld in het Wetboek van Koophandel. De regeling dateert uit 1935, behoudens enkele latere wijzigingen.

De Aruba Vrijgestelde Vennootschap is per 1 juli 1988 als fiscaal vriendelijk vehikel in het leven geroepen. Blijkens een wervende tekst uit 1988 van het Kabinet van de Gevolmachtigd Minister van Aruba is de A.V.V. *“gericht op zogenaamde financiële off-shore en maximale flexibiliteit met een minimum aan formaliteiten. In combinatie met de snelle en efficiënte bankservices die Aruba biedt, kan de A.V.V. fungeren als intermediair voor kapitaalstromen en als houdster van in het buitenland gelegen onroerend goed en andere vermogensbestanddelen”*.

De wettelijke regeling van de NV is op de A.V.V. van toepassing, tenzij daarvan is afgeweken. Beiden zijn in het WvK (van Aruba) geregeld. De statuten van de A.V.V. hoeven bijvoorbeeld niet te worden gepubliceerd. Wel is inschrijving van de A.V.V. in het handelsregister verplicht. Anders dan bij de NV, kan de aandeelhoudersvergadering van de A.V.V. de bevoegdheid tot uitgifte van aandelen zelf aan een ander orgaan overdragen (dus zonder statutenwijziging) en zo'n overdracht weer herroepen.

Er bestaat geen minimum voor het te plaatsen kapitaal (bij de NV wel), maar er moet wel ten minste één aandeel met volledig stemrecht zijn geplaatst.

Bij de A.V.V. bestaat niet de verplichting tot storting van minimaal 10% op ieder bij de oprichting uitgegeven aandeel; bij de NV wel en dat op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid van het bestuur. Bij de A.V.V. moet wel het volledige nominale bedrag worden gestort; er staat hierop géén sanctie.

De A.V.V. hoeft geen jaarrekening op te stellen, tenzij de statuten anders bepalen. Er is, net als bij de NV, wel een administratieplicht. Aandeelhoudersvergaderingen mogen overal ter wereld plaatsvinden.

## 12

De A.V.V. is niet zo heel oud. En oogt ook wel flexibel. De reputatie van de A.V.V. is minder goed. Deze vennootschapsvorm wordt al snel geassocieerd met belastingvlucht en belastingontduiking. Volgens de MvT bij de VBA heeft de A.V.V. niet alleen een imago probleem, maar is deze vennootschap net als de NV niet geschikt voor geavanceerde toepassingen in bijvoorbeeld de investerings- en joint venture praktijk. Het zal je maar gezegd worden.

In de ontwerp landsverordening wordt voorgesteld om een moderne, flexibele rechtsvorm in te voeren - de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA) – naast de NV en de A.V.V. Het uitgangspunt bij het ontwerp voor de VBA is dat zij zowel voor de eenvoudige ondernemingsvorm als voor geavanceerde toepassingen aantrekkelijk dient te zijn. Voor buitenlandse investeerders, waarbij vooral ook is gedacht aan partijen uit de Verenigde Staten van Amerika, is bovendien de herkenbaarheid van de VBA van belang, aldus de MvT.

Daarnaast worden met deze landsverordening voor de praktijk belangrijke rechtsfiguren zoals omzetting, juridische fusie en juridische splitsing geïntroduceerd. Deze rechtsfiguren, die het Nederlandse en Nederlands Antilliaanse

recht reeds vele jaren kennen, kunnen in een modern vennootschapsrecht niet meer ontbreken. De omzetting en juridische fusie kunnen ook grensoverschrijdend worden uitgevoerd, hetgeen de aantrekkelijkheid van de rechtsvorm voor buitenlandse investeerders naar verwachting ten goede zal komen.

Doordat de landsverordening er in voorziet dat ook de NV en de AVV zich kunnen omzetten in een VBA alsmede doordat zij ook partij kunnen zijn bij een juridisch fusie of splitsing, worden bovendien ook de NV en de AVV in de met deze landsverordening voorgestelde modernisering van het vennootschapsrecht betrokken. Dat is twee of meer vliegen in één klap. Laten we eens naar de kenmerken van de VBA kijken.

## **13**

Bij het ontwerp van de VBA zijn de bepalingen van de Nederlandse NV en BV en de Delaware limited liability company als uitgangspunt genomen. Tevens is gekeken naar de voorstellen tot vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht alsmede recente ontwikkelingen in de Nederlandse Antillen, alsmede bestaande wetgeving in Aruba en op het Nederlandse wetsontwerp voor de personenvennootschap. Dat is een heleboel.

Teneinde zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de kenmerken van de vennootschap en haar buitenlandse equivalent is gekozen voor de aanduiding “vennootschap met beperkte aansprakelijkheid” (VBA). Deze aanduiding leent zich voor letterlijke vertaling naar ‘limited liability company’ en ‘sociedad responsabilidad limitada’, hetgeen de herkenbaarheid en toegankelijkheid tot deze rechtsvorm ten goede kan komen. De VBA mag dan ook in het internationale verkeer de aanduiding “limited liability company” (LLC) dan wel “sociedad responsabilidad limitada” (Srl) of de afkorting daarvan voeren.

## 14

Flexibiliteit en vrijheid van inrichting zijn de kernbegrippen bij de VBA. Daarmee past de VBA in de tijdgeest. Kenmerken en voordelen ten opzichte van de NV en de A.V.V.:

- de VBA kan door één persoon worden opgericht (artikel 12 lid 1);
- de oprichters behoeven bij oprichting geen aandelen te nemen; voorts kunnen ook anderen dan oprichters aandelen nemen bij oprichting (artikel 13 lid 4);
- ten aanzien van de akte van oprichting en statuten geldt een vrije taalkeuze (artikel 13 lid 1 en artikel 46); { De akte van oprichting mag worden verleden in elke taal die de notaris verstaat. Is de taal een andere dan het Nederlands, Papiamentu of Engels, dan wordt een door een beëdigd vertaler ondertekende vertaling daarvan in het Nederlands of het Papiamentu aan de akte gehecht}
- vrijwel al hetgeen in statuten kan worden opgenomen, kan ook worden opgenomen in een reglement (artikel 3). Dit reglement hoeft niet te worden opgenomen in een notariële akte en hoeft niet te worden openbaar gemaakt. De VBA kan hierdoor met een zeer beknopte oprichtingsakte worden opgericht;
- voor statutenwijziging of wijziging van het reglement is geen verklaring van geen bezwaar vereist; wel voor de oprichting.

## 15

Vervolg:

- aandelen mogen een nominale waarde hebben, maar kunnen ook zonder nominale waarde worden uitgegeven (artikel 21 lid 3);

- aandelen zonder stemrecht of met beperkt of variabel stemrecht zijn mogelijk (artikel 43); {voor ene onderwerp wel en andere niet; afhankelijk van omvang ingebracht kapitaal}
- aandelen zonder winstrecht zijn mogelijk (artikel 38 lid 5);
- aan het aandeelhouderschap kan persoonlijke aansprakelijkheid worden verbonden (artikel 31);
- er zijn geen eisen gesteld omtrent een minimum kapitaal;
- het kapitaal mag luiden in elke wettelijke, vrij verhandelbare valuta (artikel 21 lid 4);
- de aandelen zijn in beginsel vrij overdraagbaar, maar de overdraagbaarheid kan worden beperkt of uitgesloten. Een overdracht met instemming van alle aandeelhouders is steeds geldig (artikel 22 lid 1);
- de regeling omtrent de bestuursstructuur kent veel flexibiliteit. Zowel het monistische (*one tier*) als dualistische (*two tier*) bestuursmodel kunnen worden gekozen (artikel 50 tot en met artikel 53);
- de mogelijkheid tot omzetting, juridische fusie en juridische splitsing bieden de mogelijkheid efficiënte herstructureringen, zowel nationaal als grensoverschrijdend, te realiseren.

## 16

De VBA heeft aldus in verschillende opzichten een hybride karakter: zij kan zowel worden ingericht naar het model van een Anglo-Amerikaanse rechtspersoon als naar het model van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap, en zij kan, eveneens naar vrije keuze, ook worden ingericht naar het model van een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid (denk aan persoonlijke aansprakelijkheid aandeelhouders). Desgewenst kan de inrichting van de vennootschap gedetailleerd worden uitgewerkt in statuten, alsmede, desgewenst, in een reglement. Dit reglement behoeft niet notarieel te worden verleden en behoeft evenmin openbaar te worden gemaakt.

Bij de keuze van terminologie, systematiek en indeling is zo mogelijk aansluiting gezocht bij de bepalingen van het Arubaanse en daarmee tevens het Nederlandse burgerlijke wetboek. Hiermee wordt beoogd het vennootschapsrecht in te bedden in het systeem van het gemene burgerlijke recht. In dit ontwerp zijn ook relevante regelingen uit het Nederlandse boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ('NLBW') en boek 2 van het Nederlands Antilliaanse Burgerlijk Wetboek ('NABW'), verwerkt. Waar mogelijk is hierbij gekozen voor gelijke of vergelijkbare bewoordingen. Hiermee is allereerst beoogd de toegankelijkheid en daarmee praktische werkbaarheid van de regeling te bevorderen, maar wordt ook concordantie met het Nederlandse en Nederlands Antilliaanse recht nagestreefd. Dat laatste heeft als voordeel dat de diverse rechterlijke colleges, en uiteindelijk de Hoge Raad, niet voor een onmogelijke opgave worden geplaatst: teveel divergentie zou tot grote problemen aanleiding kunnen geven.

Een aantal regelingen uit het Nederlandse burgerlijk wetboek is niet overgenomen. Dit betreft de wettelijke uitkoopregeling, het enquêterecht en de geschillenregeling. In de huidige Arubaanse praktijk lijkt aan deze regelingen vooralsnog geen sterke behoefte te bestaan. Bovendien kunnen in de statuten of het reglement als bedoeld in artikel 3 lid 2 een uitkoopregeling of geschillenregeling worden opgenomen. Het ontwerp voorziet overigens wel in een uittreedrecht van de minderheidsaandeelhouder ingeval van grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende fusie.

## **17**

De minderheidsaandeelhouder is ook op andere wijzen tegen de meerderheid in bescherming genomen. Tegen de wil van een aandeelhouder kan geen wijziging worden gebracht in de aan zijn aandelen verbonden financiële rechten en verbintenissen of het aan zijn aandelen verbonden stemrecht (artt. 24 / 45).

Ten aanzien van andere onderwerpen geldt dat indien door een besluit afbreuk wordt gedaan aan specifieke rechten van een of meer aandeelhouders, voor het tot stand komen van het besluit een afzonderlijke stemming is vereist van de betrokken aandeelhouders.

Voorop staat dat de bescherming slechts geldt indien de mogelijkheid tot wijziging niet was voorzien bij het verkrijgen van de aandelen. Dat is ook logisch. Door als aandeelhouder toe te treden aanvaardt hij immers dat de statuten volgens de gestelde regels kunnen worden gewijzigd, ook wanneer de wijziging voor hem nadelig is. Dat gold ook voor Lampe (vgl. HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 inzake Tonnema). De AVA van Tonnema BV had met overgrote meerderheid besloten de statutaire aanbiedingsregeling te vervangen door een goedkeuringsregeling. Met de goedkeuring van het bevoegde orgaan konden de aandeelhouders hun aandelen aan Van Nelle overdragen. Eén minderheidsaandeelhouder, Lampe, kon daardoor geen gebruik meer maken van de mogelijkheid om zelf die aandelen of een deel daarvan te kopen. Lampe vorderde vernietiging van de statutenwijziging op grond van strijd met de goede trouw. De door de rechter gemaakte afweging van belangen is ten nadele van Lampe uitgevallen.

Terug naar de VBA. Opmerking verdient voorts dat de aandeelhouders en overige betrokkenen bij een Arubaanse VBA zich jegens elkaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. Ook hieraan ontleent de minderheidsaandeelhouder een zekere mate van bescherming tegen misbruik van machtsposities in de vennootschap.

## **18**

Deze landsverordening schrijft voor de VBA, anders dan voor de Nederlandse BV, geen minimumkapitaal voor. Ook het regime van kapitaalbeschermings-

bepalingen uit het Nederlandse BW zoals dat geldt voor NV's en BV's, is niet overgenomen. Het nut van deze bepalingen – die in de Nederlandse wet zijn opgenomen ter implementatie van de Tweede Richtlijn van de EG – staat ook in Nederland ter discussie. Niettemin is een systeem ter bescherming van de belangen van schuldeisers wenselijk.

De VBA voorziet er, evenals de Arubaanse NV, in dat het risico verbonden aan deelneming in de vennootschap is beperkt tot ten hoogste het bedrag van de inbreng. De vennootschap staat met haar vermogen in voor haar eigen schulden, met uitsluiting van de aandeelhouders en functionarissen van de vennootschap. Het eigen vermogen van de vennootschap kan door uitkeringen aan aandeelhouders worden verminderd. Dit is niet bezwaarlijk, mits hierdoor de verhaalspositie van crediteuren niet onaanvaardbaar wordt aangetast. De afscherming van persoonlijke aansprakelijkheid van de aandeelhouders moet in evenwicht zijn met de gerechtvaardigde belangen van schuldeisers van de vennootschap. Zij moeten er op mogen vertrouwen dat hun verhaalsmogelijkheid niet door uitkeringen aan aandeelhouders wordt uitgehold. De wet voorziet in een ondergrens die bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders in acht moet worden genomen (art. 38).

MvT: Bij het bepalen van die ondergrens in deze landsverordening is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de betrouwbaarheid van haar vermogenspositie in relatie tot uitkeringen aan aandeelhouders, voor het succesvol functioneren van een vennootschap van belang kan zijn, bijvoorbeeld in verband met de voorwaarden waartegen vreemd vermogen kan worden aangetrokken. Het bedrag waarmee is deelgenomen in het kapitaal kan hierbij een rol spelen. Dit bedrag moet dan evenwel in een wettelijk systeem tot bescherming tegen uitkeringen aan aandeelhouders worden opgenomen, aldus de Mvt.

De flexibiliteit bij de inrichting van de vennootschap en daarmee de wijze waarop zij aan het rechtsverkeer kan deelnemen, is daarom gediend met een dergelijke

regeling. In de voorgestelde regeling van vermogensbescherming wordt afgezien van het voorschrijven van een vastgesteld minimumkapitaal, zoals dat thans nog geldt in Nederland; ook in Nederland worden vraagtekens gezet bij het nut van een dergelijk voorschrift. De beschreven doelstelling, het bevorderen van flexibiliteit, wordt gerealiseerd indien het tegen uitkeringen 'beschermd kapitaal' door de vennootschap zelf wordt bepaald aan de hand van haar behoefte. Doordat geen minimumkapitaal wordt voorgeschreven kan er voor worden gekozen de vennootschap toe te rusten met een zeer laag kapitaal. In theorie is het mogelijk dat met één aandeel voor slechts 0,01 Florin in het kapitaal wordt deelgenomen.

De verhaalspositie van schuldeisers wordt tegen uitkeringen aan aandeelhouders afgeschermd doordat uitkeringen niet zijn geoorloofd indien het eigen vermogen lager is of door de uitkering lager zou worden dan het gestorte en opgevraagde bedrag waarmee in het kapitaal is deelgenomen. Het bedrag van dit kapitaal heeft hierdoor tevens een zekere waarborgfunctie. Dit systeem stemt overeen met hetgeen geldt volgens artikel 2:218 NABW voor zover aandelen met nominale waarde zijn uitgegeven. In de regeling van deze landsverordening worden in aanvulling daarop ten behoeve van de flexibiliteit en transparantie ook aandelen zonder nominale waarde in de regeling betrokken. Teneinde ook hier in maximale keuzevrijheid te voorzien, is er ten aanzien van aandelen zonder nominale waarde voorzien in de mogelijkheid de hoogte van het bedrag waarmee in het beschermd kapitaal wordt deelgenomen (de tegenprestatie) vrij te bepalen, mits dit ten minste positief is.

Het uitgangspunt van deze regeling is aldus dat geen uitkeringen kunnen worden gedaan indien hierdoor het eigen vermogen van de vennootschap daalt beneden het bedrag waarmee in het kapitaal van de vennootschap is deelgenomen. Wat vindt u daar eigenlijk van? (Is de Beklamel-norm niet voldoende?)

Laten we de belangrijkste artikelen van het ontwerp kort bespreken.

#### Artikel 1

Lid 1 : Rechtspersoon (zelfstandige drager rechten en verplichtingen zie ook lid 3) / beperkte aansprakelijkheid (geldt niet voor de rechtspersoon zelf; zie lid 4) / opgericht of gevormd (door omzetting)

Lid 2 : Alleen aandelen op naam kunnen worden uitgegeven. Niet aandelen aan toonder. Je hoeft aandelen in de statuten of het reglement géén aandelen te noemen. Je mag ze bijvoorbeeld ook 'membership interest' noemen, of 'units', of kapitaalbelang, of deelnemingsrechten.

Lid 3 : Het begrip 'wet' wordt hier in materiële zin gebruikt; ook deze landsverordening valt er dus onder.

Lid 4 : Mede tot uitdrukking is gebracht dat de afscherming van aansprakelijkheid ook geldt voor bestuurders en andere functionarissen van de vennootschap en dat zij betrekking heeft op alle schulden van de vennootschap. Dit lid staat los van interne en externe aansprakelijkheid die kan bestaan.

#### Artikel 2

Lid 1 : De redelijkheid en billijkheid worden hier door de wetgever tot norm verheven waar het gaat om de relaties tussen de personen die bij de organisatie

van de rechtspersoon zijn betrokken. In de interne verhoudingen van een rechtspersoon is deze norm op alle gedragingen van toepassing.

Lid 2 : Het gaat hier om de beperkende of corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Gezien het begrip 'onaanvaardbaar' mag worden aangenomen dat dit artikel met een zekere terughoudendheid zal worden toegepast, maar ik verwacht desondanks dat het geregeld in stelling zal worden gebracht. Onder het begrip 'wet' vallen uiteraard ook landsverordeningen.

## 21

### Artikel 3

Lid 1 : Slechts op een paar punten is afwijking van de wet niet toegestaan. Voor het overige geldt 'vrijheid, blijheid'.

Lid 2 : Het reglement. Een dergelijk reglement staat op dit punt gelijk met statuten. Waar ingevolge de landsverordening van bepalingen van de landsverordening kan worden afgeweken bij statuten, kan dit derhalve ook geschieden bij reglement. De regeling van de VBA vertoont op dit punt een in het oog springend verschil met de regelingen van de overige rechtspersonen in het Arubaanse recht. Uitgangspunt is dat het in beginsel aan de oprichters en later de aandeelhouders kan worden overgelaten hoe zij hun onderlinge verhoudingen willen inrichten en dat openbaarmaking hiervan niet behoeft te worden voorgeschreven. In de praktijk blijkt bovendien dat er met name in de joint venture en financieringspraktijk behoefte bestaat om informatie met betrekking tot de interne verhoudingen doorgaans wegens volstrekt valide, zakelijke redenen buiten de openbaarheid te houden.

Wel in de statuten moeten zijn opgenomen: de naam, zetel en het doel van de vennootschap (art. 13 lid 3), die zijn essentieel voor het identificeren van de

vennootschap, alsmede beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en bestuurders (art. 55 leden 1 en 2). Door het voorschrijven van notariële tussenkomst mag worden verwacht dat de desbetreffende regelingen van goede kwaliteit zijn. Doordat bovendien de volledige tekst van de statuten openbaar dient te worden gemaakt, kunnen derden zich steeds van de desbetreffende regelingen op de hoogte stellen.

## 22

### Artikel 47

In het reglement kunnen vrijwel alle aangelegenheden betreffende de verdeling van bevoegdheden, de aandelen en het intern functioneren van de vennootschap worden opgenomen. Het reglement vervult in dit opzicht de functie van de bij de Limited Liability Company gebruikelijke “operating agreement”. Er is overigens geen bezwaar tegen om in het internationale verkeer het reglement aan te duiden als “operating agreement” of een daarmee vergelijkbare aanduiding. Het reglement verschilt juridisch technisch van de aandeelhoudersovereenkomst doordat de aandeelhouders aan de inhoud van het reglement zijn gebonden gelijk zij aan statuten zijn gebonden. Eventuele opvolgende aandeelhouders worden geacht hetgeen in de statuten en het reglement is bepaald, te hebben aanvaard, ook zonder een specifiek op aanvaarding gerichte rechtshandeling. Statuten en reglementen verschillen hierdoor van een aandeelhoudersovereenkomst.

Lid 1 : Het reglement heeft met een aandeelhoudersovereenkomst gemeen dat het niet openbaar hoeft te worden gemaakt. In deze regeling komt een aspect van het hybride karakter van de VBA tot uitdrukking. In het reglement kunnen vrijwel alle aangelegenheden worden vastgelegd die ook in statuten kunnen worden opgenomen. Waar statuten evenwel openbaar dienen te worden

gemaakt geldt dit niet voor het reglement. Omdat in het reglement bepalingen kunnen worden opgenomen die voor het intern functioneren van de vennootschap en de aan een aandeel verbonden rechten en verplichtingen essentieel zijn, is het niettemin van belang dat eenduidig vast staat op welk moment het reglement en eventuele wijzigingen daarvan rechtskracht verkrijgen. In lid 1 is daartoe bepaald dat het reglement rechtskracht verkrijgt doordat het is opgenomen in of is aangehecht aan een notariële akte dan wel is gedeponneerd bij de minister belast met economische zaken of een door hem aan te wijzen instantie. Op deze wijze wordt een vaste dagtekening gerealiseerd. In lid 1 is tevens uiteengezet dat het reglement niet openbaar behoeft te worden gemaakt. De notaris en de instantie bij wie het reglement dient te worden gedeponneerd, mogen het niet aan derden ter beschikking stellen, behoudens voor zover de wet hiertoe mocht verplichten of de vennootschap hiermee instemt.

Lid 2 : Hier gaat het om de bevoegdheid tot het vaststellen, wijzigen of intrekken van het reglement. Omdat het reglement een gelijke functie vervult als de statuten is ervoor gekozen om artikel 45 dat handelt over de bevoegdheid tot statutenwijziging van overeenkomstige toepassing te verklaren (AVA is bevoegd, behoudens beperkingen).

Lid 5 : Doordat opgave bij het handelsregister moet worden gedaan, kunnen derden weten dát er een reglement is én wanneer dat voor het laatst is gewijzigd. Een exemplaar van het reglement zal bij de vennootschap moeten worden opgevraagd.

## 23

### Artikel 11

Volgens de MvT gaat het om een bepaling die wetstechnisch van aard is. Door een omschrijving te geven van het begrip orgaan, wordt een begrenzing aangegeven bij het toekennen van bevoegdheden ingevolge de

landsverordening. Het begrip is tamelijk ruim: zo is zowel een aandeelhouder orgaan als een vergadering van aandeelhouders.

Orgaan bij A.V.V. en Arubaanse NV: Een *orgaan* is een zelfstandig, functioneel onderdeel van de rechtspersoon, bestaande uit één of meer personen, waaraan door wet of statuten rechtspersoonsrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend; het orgaan representeert (met uitsluiting van anderen) de rechtspersoon op dat terrein waarop het krachtens wet of statuten bevoegd is. Enkele voorbeelden: het bestuur bestuurt de rechtspersoon; de vergadering van aandeelhouders is bevoegd de statuten te wijzigen of de vennootschap te ontbinden; de raad van commissarissen adviseert en houdt toezicht op het bestuur. Bij de VBA wordt dus een ander, ruimer orgaanbegrip gehanteerd. Ik heb nog niet kunnen beoordelen of dit tot problemen aanleiding geeft.

## 24

### Artikel 12

Lid 1 : De vennootschap kan ook door één oprichter worden opgericht. Een oprichter hoeft ook niet tevens aandeelhouder te worden (art. 13 lid 1)

De oprichting dient te geschieden bij notariële akte. Vooralsnog is tevens de verklaring van geen bezwaar als vereiste voor oprichting gehandhaafd. Ook voor de oprichting van andere rechtspersoonsvormen – met uitzondering van de stichting - geldt in enigerlei vorm een voorafgaande toetsing door de overheid. Uit de praktijk is, aldus de MvT, ook niet gebleken dat – anders dan in Nederland – het verkrijgen van de verklaring van geen bezwaar als hinderlijk wordt ervaren. In Aruba gaat men over dit punt nog eens goed nadenken bij het ontwerpen van een Arubaans Boek 2 BW.

De rechtspersoon wordt niet opgericht indien de notariële akte of de verklaring geen bezwaar ontbreekt. Inschrijving in het handelsregister is voor oprichting géén constitutief vereiste.

Lid 3: Het preventieve toezicht strekt zich niet uit tot de juridisch-technische inhoud van de statuten. Het gaat zuiver om de antecedenten van degenen die het (mede) voor het zeggen krijgen: die kring is ruimer dan de oprichters, al lijkt de MvT te suggereren dat het alleen om de antecedenten van de oprichters zou gaan. Voor een wijziging van statuten is niet een dergelijke verklaring vereist, nog daargelaten hetgeen in dat verband allemaal in een reglement kan worden geregeld.

## 25

### Artikel 20

In artikel 20 is voorzien in een verplichting tot aanstellen van een wettelijk vertegenwoordiger. De figuur van de wettelijk vertegenwoordiger is ontleend aan artikel 155a WvKA inzake de A.V.V. In deze landsverordening is het instituut van de wettelijk vertegenwoordiger in aangepaste vorm overgenomen. De vertegenwoordiging van een aantal organisaties, waaronder de Orde van Advocaten, heeft aangegeven het instituut van de wettelijk vertegenwoordiger te willen behouden.

De wettelijk vertegenwoordiger kan, zeker in internationale verhoudingen, een nuttige rol spelen als lokaal aanspreekpunt voor autoriteiten bij de vervulling van wettelijke en administratieve verplichtingen van de vennootschap in Aruba. Het is internationaal geen vreemde eend in de bijt: een enigszins vergelijkbaar instituut, de 'registered agent', is in de Verenigde Staten van Amerika en andere common law jurisdicties niet ongebruikelijk en algemeen geaccepteerd.

Deze verplichting bestaat slechts indien er geen in Aruba woonachtige natuurlijke persoon is die bestuurder is van de vennootschap. Ook indien een rechtspersoon bestuurder is van de vennootschap waarvan uiteindelijk een in Aruba woonachtige natuurlijke persoon bestuurder is, behoeft geen wettelijk vertegenwoordiger te worden aangesteld.

De wettelijk vertegenwoordiger is geen bestuurder en dus ook niet *als zodanig* aansprakelijk. De landsverordening voorziet onder meer in verplichtingen omtrent het houden van het aandeelhoudersregister, afgifte van aandeelbewijzen, deponering van stukken, het doen van fiscale aangiften en het bijeenroepen van de algemene vergadering.

## 26

### Artikel 21

De landsverordening laat ten aanzien van de kapitaalstructuur van de vennootschap veel ruimte. Niet is voorgeschreven dat de statuten het maatschappelijk kapitaal moeten vermelden, maar het mag wel. Indien de vennootschap geen aandelen met nominale waarde kent, zal het maatschappelijk kapitaal in dat geval moeten worden uitgedrukt in het aantal aandelen dat kan worden uitgegeven zonder statutenwijziging; een techniek die overigens volgens de landsverordening bij gebreke van een dwingendrechtelijk voorschrift, ook kan worden toegepast ten aanzien van aandelen met een nominale waarde.

Van de regel dat aan aandelen gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden, kan worden afgeweken zoals voorzien in de verschillende bepalingen. Zo kunnen aandelen worden uitgegeven met volledig, beperkt, variabel of zonder stemrecht dan wel winstrecht. De statuten of het reglement als bedoeld in artikel 3 lid 2 kunnen hiertoe voorzien in aandelen van een bepaalde soort of met een nadere

aanduiding. Ook hier dus maximale vrijheid van inkleding en inrichting, ofwel: flexibiliteit.

Lid 5 : Dat kennen we ook hier. De achtergrond van de regeling is dat de vennootschap niet behoorlijk kan functioneren zonder een algemene vergadering en voorts dat indien het economisch belang bij het vermogen van de vennootschap louter bij de vennootschap zou berusten, het onderscheid tussen de vennootschap en de stichting te zeer zou vervagen.

**27**

#### Artikel 29

Lid 1 : Het is de AVA die tot uitgifte bevoegd is, tenzij bij of krachtens de statuten een ander orgaan is aangewezen. De bevoegdheid te besluiten omtrent het uitgeven van aandelen omvat in beginsel de bevoegdheid de uitgiftekoers vast te stellen alsmede bij wie de nieuwe aandelen kunnen worden geplaatst. In beginsel, omdat de statuten of een reglement bijvoorbeeld kwaliteitseisen of een voorkeursrecht kunnen bevatten. Dat voorkeursrecht kan ook betrekking hebben op derden.

De uitgifte zelf – die dus volgt op het besluit - geschiedt bij (onderhandse) akte, die door zowel de vennootschap als de nemer van de aandelen moet worden getekend. Indien de akte niet door de nemer is getekend komt mijns inziens géén uitgifte tot stand. Ik denk dat hier hetzelfde geldt als in de Nederlandse Antillen. Bekrachtiging en convalescentie (tezamen geregeld in art. 3:58 BW) zijn niet mogelijk, want zonder akte is er eenvoudigweg niets om te helen. De eis van rechtszekerheid waar het gaat om de vraag wie de aandeelhouders van de vennootschap zijn laat geen andere conclusie toe. Die vraag is immers niet alleen voor de vennootschap en de degene aan wie is beoogd aandelen uit te geven relevant, maar ook voor derden. Wil men de fout herstellen dan zal de

nemer de akte alsnog moeten tekenen en wordt hij op dat moment aandeelhouder. Deze ondertekening leidt niet tot een aandeelhouderschap met terugwerkende kracht.