

Vergaderjaar 1985–1986 Nr. 48a

16 551

Nieuwe regeling voor het kapitaal van de besloten vennootschap

Nr. 48a

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 19 november 1985

1. Gaarne geef ik gevolg aan het verzoek van de leden van de C.D.A.-fractie enige beschouwingen te wijden aan een aantal kwesties die prof. mr. P. van Schilfgaarde aan de orde heeft gesteld.
2. De conclusie dat de gebonden reserves uit artikel 178 lid 3 hadden moeten worden geschrapt, deel ik niet. Gebonden reserves moeten worden *aangehouden voor verschillende doeleinden, die niet op een enkele noemer zijn te brengen.*
3. De belangrijkste gebonden reserves zijn de herwaarderingsreserve en de reserve deelnemingen. De eerste houdt verband met aan het vermogen van de rechtspersoon ten goede gekomen waardeinstijging van activa ten opzichte van hun kostprijs; de tweede staat tegenover het niet aan de rechtspersoon uitgekeerde aandeel in de resultaten van maatschappijen waarin hij rechtstreeks of middelijk deelneemt. Het vermogen is daarmee reëel toegenomen. Zij het dat deze toeneming aan de onderneming is gebonden en nog niet is gerealiseerd. Hierin is de reden gelegen voor het verbod deze reserves uit te keren. Het zijn continuïteitsreserves, die zonder aarzeling mogen worden meegeteld bij de vraag of er voldoende eigen vermogen als verhaalsobject in de vennootschap blijft, omdat zij de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers doen toenemen: als de onderneming waaraan de geherwaardeerde activa zijn gebonden of als de deelneming in de maatschappij die niet al haar resultaten heeft uitgekeerd, al eens zou moeten worden verkocht, zou de waardeinstijging in de te bedingen prijs tot uiting komen. Deze reserves horen dus thuis in de opsomming van artikel 178 lid 3.
4. Aarzeling is wel gerechtvaardigd ten aanzien van de andere gebonden reserves die een b.v. kan hebben, te weten ingevolge artikel 207c of artikel 365. Artikel 207c betreft leningen aan aandeelhouders om aandelen in de b.v. te verwerven, hetgeen wel eens voorkomt bij werknemerszelfbestuur, maar als zeldzaam mag worden beschouwd. Artikel 365 lid 1 staat toe de kosten van uitgifte van aandelen en die van onderzoek en ontwikkeling onder de immateriële activa op te nemen. Zij moeten vervolgens binnen uiterlijk vijf jaar worden afgeschreven krachtens artikel 386 lid 3. De reserves die tegenover deze activa staan, staan dus tegenover activa

waarvan de waarde twijfelachtig kan zijn of licht zou kunnen worden. Kosten van uitgifte van aandelen, in het bijzonder oprichtingskosten, worden dan ook veelal ineens afgeschreven. Vennootschappen met een aandelenkapitaal beneden het minimumkapitaal plegen zich geen hoge uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling te kunnen troosten. Ook deze reserve komt dan ook in de praktijk betrekkelijk weinig voor.

5. Omdat reserves waarover men in dit opzicht kan twijfelen, in de praktijk zeldzaam zijn, zie ik de waarde van de bezwaren voornamelijk in het academische vlak. Dit neemt niet weg dat ik bereid ben de eerste goede gelegenheid te baat te nemen om in artikel 178 nog slechts de herwaarderingsreserve en de reserve deelnemingen te noemen, indien de Commissie Vennootschapsrecht daartoe zou adviseren.

6. Enige reden om in artikel 178 geen rekening te houden met opgevraagd kapitaal, zie ik niet. Bedacht moet worden dat vorderingen op aandeelhouders wegens opgeëiste nog niet ontvangen stortingen slechts onder de activa worden opgevoerd in de veelal korte tijdsspanne tussen opvragen en opeisbaar worden, en eventueel nog kort nadien. Slechts in die tijdsspanne mag «opgevraagd kapitaal» ook aan de passiefzijde worden opgenomen. Voor zover de vennootschap moet bevroeden dat de aandeelhouder niet tijdig zal kunnen bijstorten, zal de vennootschap deze actiefpost dienovereenkomstig verminderd moeten opvoeren, hetgeen aan de passiefzijde een zelfde weerslag heeft als een geleden verlies. De post opgevraagd kapitaal staat zo dus niet minder tegenover reële activa dan het gestorte kapitaal.

7. In de vorige alinea heb ik reeds het karakter van de post opgevraagd kapitaal aangegeven. Vooral bij grote joint ventures komt het wel eens voor dat tevoren wordt afgesproken dat, verspreid over de bouwtijd van de fabriek of installatie, moet worden bijgestort in bij voorbeeld vier gelijke delen. In zulk een geval, mits niet wordt getwijfeld aan de gegoedheid van de aandeelhouder, kunnen het bestuur en de accountant het verantwoord achten het obligo als nog te verrichten stortingen op te nemen, met de wettelijke vereiste uitsplitsing van het binnen 's jaars en het later te storten deel, en daartegenover een post «opgevraagd kapitaal» op te nemen.

8. Het voorschrift in artikel 178 lid 3 dat een reserve van een bepaalde omvang moet worden aangehouden, verschilt in zijn bewoordingen niet van andere bepalingen die een wettelijke reserve voorschrijven. De mogelijkheid dat er geen of onvoldoende vrije reserves zijn die kunnen worden gebonden of dat een wettelijke reserve door verlies wordt aangetast, is er bij elke wettelijke reserve. Een reserve die er niet is, kan niet worden getoond. De aangewezen weg is dan dat in de toelichting wordt vermeld dat op de rechtspersoon een verplichting rust om zodra mogelijk wettelijke reserves tot een bepaald bedrag te vormen of aan te vullen. Op dezelfde wijze kan men aangeven hoe groot het gestorte kapitaal had moeten zijn wanneer het eigen vermogen negatief is geworden. Van Schilfwaardes benadering lijkt mij kortom de juiste.

9. In artikel 185 lid 2 beschouw ik het niet als een inconsequentie dat de regeling algemeen is gesteld. Integendeel, de regel is hoofdzakelijk bedoeld voor gevallen waarin het startkapitaal niet geheel wordt gestort, doordat bij voorbeeld enkele onderdelen van een in te brengen onderneming niet worden geleverd. Naast de aansprakelijkheid ingevolge artikel 180, die niet behoeft af te schrikken wanneer het een b.v. betreft die nauwelijks schulden aangaat, kan dan ontbinding als stok achter de deur haar waarde hebben. De waarborgen waarmee de wet storting bij oprichting omringt hebben tot gevolg dat wordt verwacht dat de officier van justitie buiten dergelijke gevallen slechts zelden zal kunnen aantonen dat er bij de oprichting onvoldoende eigen vermogen was.

10. Van perfectionisme getuigt de regeling niet, al ontbeert zij de eenvoud van artikel 74 lid 2, dat een geheel ander doel heeft dan artikel 185 lid 2. Artikel 74 lid 2 dient als prikkel voor naamloze vennootschappen om, als de tijd daar is dat het aandelenkapitaal ingevolge E.E.G.-besluit is verhoogd, dat besluit uit te voeren. Aan zulk een bepaling bestaat voor b.v.'s geen behoefte in het voorgestelde stelsel. Daarentegen bleek enerzijds dat de aansprakelijkstellingen die de wet aan bepaalde nalatigheden verbindt in sommige constellaties wel eens onwerkzaam kunnen blijken als aansporing, anderzijds dat er weinig reden is om de rechter ten aanzien van besloten vennootschappen minder bevoegdheden te geven dan bij naamloze vennootschappen. Dat is de oorsprong van artikel 185 lid 2, dat niet meer beoogt te zijn dan een aanvulling van de hoofdregel van artikel 185 lid 1. Voor gevallen waarin de verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers onwettig zijn aangetast biedt het de mogelijkheid tot ontbinding naast de mogelijkheden van lid 1 om te ontbinden wanneer er onvoldoende vermogen is of geen werkzaamheid meer wordt uitgevoerd. De rechter kan nu eisen dat ook dit verzuim wordt hersteld, op straffe van ontbinding. Hiertoe zou hij anders niet bevoegd zijn. Naar mijn verwachting zal het openbaar ministerie de vordering op grond van artikel 185 lid 2 vooral indienen in combinatie met een vordering uit hoofde van lid 1.

11. De mogelijkheid die de algemene vergadering op grond van de tweede zin van artikel 206 lid 1 heeft om haar bevoegdheid tot uitgifte van aandelen over te dragen, mag zij slechts gebruiken voor overdracht aan een ander orgaan. De wet geeft regels voor organen van de vennootschap, nl. voor de algemene vergadering, het bestuur en de raad van commissarissen. Bovendien geeft zij enkele bepalingen betreffende besluiten van de vergadering van houders van een soort aandelen (art. 96 lid 2, 99 lid 5), zodat ook dergelijke vergaderingen als orgaan mogen worden aangemerkt.

In 1971 zijn de vermeldingen van bevoegdheden en plichten van commissarissen, uitgezonderd in de artikelen 146/256, uitdrukkelijk op naam van de raad van commissarissen gesteld. De president-commissaris heeft slechts bevoegdheden die zijn afgeleid van bevoegdheden van de raad van commissarissen als geheel. Ik beschouw hem niet als afzonderlijk orgaan van de vennootschap. Ook voor zijn optreden zijn alle commissarissen in beginsel collegiaal verantwoordelijk. Daaruit volgt dat de bevoegdheid tot uitgifte niet aan hem kan worden overgedragen. Overdracht aan een raad van commissarissen die slechts uit een enkele commissaris bestaat, is wel mogelijk. Ook het bestuur van de vennootschap wordt door de wet als eenheid geregeld, zodat overdracht aan slechts enkelen van de bestuurders naar mijn opvatting evenmin op artikel 206 kan worden gegrond. Overeenkomstig het algemene spraakgebruik kan een buitenstaander in mijn ogen geen orgaan van de vennootschap zijn. In de richtlijn van de staatssecretaris van justitie voor het beoordelen van oprichtingen en statutenwijzigingen van n.v.'s en b.v.'s wordt een zelfde opvatting gehuldigd over wat als orgaan mag gelden (zie de noot bij par. 9 van die richtlijnen). In de zelfde zin Prof. Maeijer¹. Een besluit van de algemene vergadering tot overdracht van bevoegdheden buiten de grenzen die artikel 206 stelt, zal ingevolge artikel 14 van boek 2 B.W. zoals voorgesteld in wetsvoorstel 17 725 nietig zijn. Ook naar geldend recht zou ik het voor nietig houden: de algemene vergadering meet zich geen bevoegdheid aan die anderen toekomt – het geval van artikel 11 lid 1 onder a van boek 2 B.W. –, maar gebruikt haar bevoegdheid voor het nemen van een door de wet verboden besluit.

12. De opvatting van Prof. Mr. J. M. M. Maeijer² dat verkrijging van pandrecht op eigen aandelen door de vennootschap onder bijzondere omstandigheden als verkrijging van aandelen moet worden gekwalificeerd en dat dan artikel 207 daarop van toepassing is, deel ik. Ook mijn ambtsvoorganger was die mening reeds toegedaan blijkens de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, blz. 13, over het schrappen van onderdeel H van het oorspronkelijke ontwerp.

¹ In de besloten vennootschap, monografie 25 vanwege het Van der Heijdeninstituut, Kluwer Deventer 1985.

² T.a.p. blz. 61.

13. Van de nota van het College van overleg van de gezamenlijke banken heb ik ook met belangstelling kennis genomen.

14. Inderdaad heeft de verklaring, waarop lid 1 onder b van de artikelen 93a en 203a het oog heeft, het karakter van een mededeling over de hoogte van het saldo van een rekening op een bepaald tijdstip, maar uit de verklaring moet, anders dan in een dagafschrift, tevens blijken dat de rekening na de oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan. Naar ik aanneem zullen de notarissen ook graag vernemen wie tot de oprichting beschikkingsbevoegd zijn.

15. In een afgelegde verklaring die een mededeling inhoudt kan de wetgever geen verandering brengen. De inhoud van de mededeling is tijdgebonden. Blijkens artikel 203a lid 4 hebben oprichters de vrijheid om, in het belang van de werkzaamheden der op te richten vennootschap, gelden aan de rekening te onttrekken. Dat kan zo ver gaan dat het saldo nog slechts een cent bedraagt. Materieel verschilt dat geval niet van de mogelijkheid, die er inderdaad zal zijn, dat de rekening zelfs kan worden opgeheven, zoals ook na de oprichting zou kunnen gebeuren. De waarborg zoekt de wet in de aansprakelijkheid van de oprichters voor hun handelingen (artikelen 93 en 203) en voor alle onttrekkingen die de vennootschap niet uitdrukkelijk bekrachtigd, en in aansprakelijkheid van de bestuurders voor de bekrachtigingen. De werking van de bankverklaring ondergaat in deze gevallen geen wijziging.

16. De woorden «welke na de oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan» duiden op een beding van die strekking dat op de rekening van toepassing moet zijn. Indien het hele saldo zou zijn gebruikt en de vennootschap dat gebruik bekrachtigt omdat het in haar belang is gebruikt, zijn de gestorte gelden wettig besteed. Dat wordt niet anders, als het gevolg hiervan zou zijn dat de rekening al voor de oprichting zou zijn opgeheven.

Bij de oprichting zal een verstandige notaris in een geval waarin niet alle oprichters bestuurder worden, de eerste bestuurders willen inlichten over het saldo van de rekening op het tijdstip van oprichting. Bij zijn navraag zal hem in voorkomend geval wel blijken dat de rekening is opgeheven. De beschikkingsbevoegden zullen de onttrekkingen aan de eerste bestuurders moeten verantwoorden en lopen de kans op persoonlijke aansprakelijkheid ingevolge artikel 203a lid 4, indien geen bekrachtiging volgt. Omdat oprichters met slechte bedoelingen veelal zo lang mogelijk de schijn ophouden van rechtmatig gedrag, zullen zij vermoedelijk niet geneigd zijn de rekening al op te heffen voor de oprichting.

17. Het doet niet ter zake wanneer de verklaring van de bank wordt afgegeven. De verklaring heeft immers slechts een historische waarde. De wet bepaalt hierover dan ook niets.

18. Uitdrukkelijk is bepaald dat de rekening na de oprichting ter beschikking van de vennootschap zal staan. Gaat de oprichting niet door, dan krijgt de bank haar verklaring terug en behoeft zij zich niet meer verder te binden aan het beding dat de rekening ter beschikking van de vennootschap zal komen. Hetzelfde geldt, krachtens het slot van artikel 203a lid 1 onder b, als de vennootschap de stortingen niet aanvaardt, zelfs als de oprichting dan – met anderszins gestort kapitaal – doorgang vindt. Een verwijzing naar deze wetsbepaling, die ik geen voorbehoud zou noemen, is geoorloofd.

19. Het oordeel over de conclusie van het College van Overleg hangt ervan af of men de woorden «welke na de oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan», overeenkomstig mijn opvatting ziet als de weergave van de inhoud van een daartoe strekkend beding.

Een bank zal een mededeling kunnen afgeven betreffende de stand van een rekening op een tijdstip en het beding dat die rekening na oprichting van de vennootschap A ter beschikking zal staan van die vennootschap, met of zonder opgave van degenen die voor de oprichting over de rekening mogen beschikken. Een verder strekkende verklaring eist de wet, zoals nu voorgesteld, mijns inziens niet. Dat tijdstip, in heden of verleden, zal zijn gelegen tussen de boeking van de verplichte stortingen en de eerste onttrekking van de rekening. Het is aan de notaris na te gaan dat tussen dat tijdstip en de oprichting nog geen vijf maanden zijn verlopen.

20. De leden van de fractie van de V.V.D. stelden allereerst enige vragen over artikel 178, lid 2. Deze bepaling is ontleend aan de geldende algemene maatregel van bestuur (Koninklijk besluit van 22 november 1982, Stb. 646). De uitleg die deze leden geven aan de laatste zin van die bepaling is juist. Anders dan zij, meen ik dat de wet de bedoeling ook weergeeft.

21. Uit artikel IX volgt inderdaad dat van het in werking treden van het wetsvoorstel af het minimumkapitaal f 40 000 bedraagt. Dat is ook het bedrag dat als uitgangspunt zal dienen voor de berekening evenredig aan de ontwikkeling van de prijsindex na 1 januari 1985. Het bedrag van f 40 000 is gekozen met inachtneming van de omstandigheden die toen golden. Dat het pas later als grensbedrag in werking treedt, vormt geen beletsel om aan dit uitgangspunt vast te houden bij latere herzieningen van het bedrag.

22. De laatste zin kan bij snelle geldontwaarding tot een afwisseling van sprongen van f 5000 en van f 10 000 leiden. Tussen twee sprongen moeten minstens twee jaren verlopen. In het voorbeeld kan daarom de sprong naar f 55 000, wellicht pas worden gezet wanneer de index al op f 56 000 staat. Twee jaar later zou al de sprong naar f 65 000 kunnen worden gemaakt, nl. als de index dan op f 62 600 staat. Naar mate het bedrag van het minimumkapitaal hoger is geworden, zal f 5 000 een geringer percentage van het minimumkapitaal vormen en volgen de herzieningen, bij gelijk blijvende geldontwaarding, geleidelijk sneller op elkaar.

23. Op de vraag van deze leden over de artikelen 93a en 203a ben ik al ingegaan in alinea 14.

24. Artikel 207 lid 1 is een bepaling van geldend recht, waarmee verhinderd wordt dat de waarborg voor schuldeisers die is gelegen in het feit dat de aandeelhouders desnoods moeten bijstorten, niet verloren gaat doordat de vennootschap zelf de niet volgestorte aandelen gaat houden, waardoor de waarborg geheel zou vervallen. Dat betekent dat er geen bezwaar tegen bestaat dat de aandelen na volstorting aan de vennootschap worden overgedragen. Naar buiten toe wordt in dit geval immers niet de onjuiste indruk gewekt dat de vennootschap nog een appel voor de dorst heeft in de vorm van sluimerende stortingsverplichtingen. Reden tot afschaffing van artikel 207 lid 1 zie ik niet.

25. Indien een schuldeiser een verzoek indient tot verzet tegen een besluit tot kapitaalvermindering op grond van artikel 209 lid 3, heeft toewijzing van dat verzoek het gevolg dat de voorgenomen kapitaalvermindering niet doorgaat. Deze schuldeiser wordt door dit succes niet bevoordeeld boven andere schuldeisers. Eerder zal hij enigszins zijn verarmd door proceskosten. Wordt het verzoek niet toegewezen, maar krijgt de schuldeiser zijn extra waarborg, dan versterkt hij daarmee zijn positie, vergeleken bij andere schuldeisers. Bedacht moet evenwel worden dat alle andere schuldeisers in zijn positie de zelfde mogelijkheid hebben hun positie aldus tegen verzwakking te behoeden en dat eisers met opeisbare schulden zo nodig meteen verhaal op de goederen van de vennootschap kunnen zoeken. De mogelijkheid van verzet dient vooral schuldeisers als bij

voorbeeld verhuurders, aan wie regelmatig wordt betaald en die de nog komende termijn niet voortijdig kunnen opeisen.

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes