
Extreme makeover op Curaçao

Inleiding

Op 1 maart 2004 heeft het Nederlands-Antilliaanse ondernemingsrecht een *extreme makeover* ondergaan. Daarbij is de Antilliaanse wetgever met chirurgische precisie te werk gegaan. Waar de betreffende wetgeving voorheen was verspreid over verschillende wetten en verordeningen, is deze nu samengebracht in het Burgerlijk Wetboek als een nieuw Boek 2.¹ De veranderingen zijn echter niet slechts van cosmetische aard. Ook inhoudelijk is het mes er flink ingezet.

1. Zie de Landsverordening van de 29ste december 2003 houdende vaststelling van de tekst van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, P.B. 2004, no. 6.

Voorheen verspreide wetgeving

Vóór 1 maart 2004 prijkte op de wetboekenplank van de Antilliaanse ondernemingsrechtjurist nog een gevarieerde verzameling wetten en verordeningen het Burgerlijk Wetboek (met regelgeving voor verenigingen), het Wetboek van Koophandel (NV's) en een drietal Landsverordeningen (BV's, stichtingen en coöperaties). Inmiddels kan men voor deze zaken toe met één boek: het nieuwe Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen.

Net als de boeken van het Nederlands Burgerlijk Wetboek én de al ingevoerde Nederlands-Antilliaanse boeken, opent Boek 2 met een titel 1 met Algemene Bepalingen. Deze gelden voor alle in Boek 2 geregelde rechtspersonen, te weten: de NV, de BV, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de vereniging, de stichting en de (voor Nederland onbekende) stichting particulier fonds. Bepalingen voor publiekrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen ontbreken.

Het nieuwe Boek 2 volgt in grote lijnen zijn Nederlandse voorbeeld, maar er zijn ook belangrijke verschillen. Inhoudelijke verschillen zijn er vooral met de regelingen voor de NV en de BV, in de praktijk de meest gevoerde Antilliaanse ondernemingsvormen. In het navolgende beperk ik mij tot het bespreken van deze nieuwe NV- en BV-regelingen en de verschillen met de betreffende Nederlandse wetgeving.

'Nieuw' recht voor NV en BV

Eigenlijk is de in het nieuwe Boek 2 opgenomen regeling althans voor de BV helemaal niet zo nieuw. Titel 6 van het nieuwe Boek 2, waarin de BV-regeling is neergelegd, bouwt voort op de op 1 januari 2000 ingevoerde Landsverordening Besloten Vennootschap (LBV).² Titel 6 heeft vervolgens als voorbeeld gediend voor titel 5, waarin de NV is geregeld. De NV- en BV-bepalingen lopen daardoor voor een groot deel parallel.

Dit wordt nog eens benadrukt door de invoering van de zogenoemde '100-parallellie'. Dit houdt in dat de parallel lopende artikelen zo zijn genummerd, dat het verschil steeds 100 bedraagt: de oproepingseisen voor het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders zijn bijvoorbeeld voor de NV geregeld in artikel 130 en voor de BV in artikel 230, enz. Hiermee is beoogd het opzoeken en onthouden van de artikelnummers voor u en mij te vergemakkelijken.

Achterliggende gedachte bij de BV-regeling is '(...) de eigen functie die deze vennootschapsvorm moet vervullen in het Caraïbisch gebied. Gestreefd is naar een relatief eenvoudige, flexibele vennootschapsvorm die aantrekkelijk is voor de *offshore* industrie en buitenlandse investeerders maar ook lokaal een belangrijke functie kan vervullen',

2. LBV, P.B. 1999, no. 241.

aldus de memorie van toelichting bij de LBV.³ Met dit in het achterhoofd heeft de Nederlands-Antilliaanse wetgever destijds een aantal uitgangspunten voor de BV-regeling geformuleerd. Deze uitgangspunten zijn met de invoering van het nieuwe Boek 2 nu ook van toepassing op de NV.

Snelle oprichting

Belangrijk uitgangspunt bij beide regelingen is een snelle oprichting zonder veel formaliteiten. Dit betekent dat wél een notariële akte is vereist, maar dat een verklaring van geen bezwaar door de Minister van Justitie nu ook voor de NV niet meer nodig is. De oprichtingsakte, en de daarin opgenomen statuten, kunnen worden gesteld in een taal naar keuze, mits de betreffende Nederlands-Antilliaanse notaris die taal verstaat.

In het verlengde van een snelle oprichting ligt een grote mate van vrijheid bij de oprichting van de vennootschap. Een regeling voor kapitaalbescherming, zoals de Nederlandse, ontbreekt. Een minimumkapitaal is niet meer vereist. De enige regel in dit verband is dat het eigen vermogen bij oprichting niet negatief mag zijn. Daartoe wordt een oprichtingsverklaring verlangd (een verklaring van alle oprichters dat het eigen vermogen van de vennootschap bij oprichting niet negatief is) en, bij storting in natura, een oprichtingsbalans. Het vermogen van de vennootschap mag ook niet later door uitkeringen aan aandeelhouders alsnog negatief worden. Indien de aandelen een nominale waarde hebben – wat niet per se hoeft, zie hierna –, geldt het nominale kapitaal (de som van de nominale waarden van de uitgegeven aandelen) als ondergrens. Bij de oprichting moet bovendien ten minste één aandeel met volledig stemrecht dat deelt in de winst, of één aandeel met volledig stemrecht en een tweede aandeel dat deelt in de winst, bij de oprichter of een derde worden geplaatst.

Anglo-Amerikaans

Een ander uitgangspunt is het vergroten van de compatibiliteit met de Anglo-Amerikaanse rechtssystemen. Reden waarom ook aandelen zonder nominale waarde zijn toegestaan. Hebben de aandelen wel een nominale waarde, dan is er vrije valutakeuze. Ook stemrechtloze aandelen, aandelen met beperkt stemrecht en aandelen die niet of beperkt delen in de winst, zijn mogelijk.

Voorts is gekozen voor een flexibele bestuursstructuur. Doorgaans zal er sprake zijn van een bestuur dat benoemd en ontslagen wordt door de aandeelhouders, maar het staat vennootschappen vrij andersluidende regelingen te treffen. Zo kan men hiertoe de raad van commissarissen (RvC) aanwijzen, of de prioriteit. Voor zowel de NV als de BV is een RvC wel mogelijk, maar nooit verplicht. Een NV kan er ook voor kiezen een zogenoemde 'onafhankelijke' RvC in te stellen, waarover hierna meer.

3. MvT bij de LBV, algemene toelichting onder 3.

Naar Anglo-Amerikaans voorbeeld bestaat in de vorm van de 'aandeelhouder-bestuurde BV' zelfs de mogelijkheid om helemaal geen bestuur in te stellen. Als voorbeeld heeft tot op zekere hoogte gediend de 'member-managed' *limited liability company* uit de Uniform Limited Liability Company Act (1996) in de Verenigde Staten, die door veel Amerikaanse Staten wordt gevolgd. Het 'bestuur' wordt bij een aandeelhouder-bestuurde BV gevormd door de gezamenlijke aandeelhouders. Formaliteiten voor benoeming, schorsing en ontslag vervallen, evenals (in beginsel) het verschil tussen de aandeelhoudersvergadering en de bestuursvergadering. De aandeelhouders kunnen de wijze waarop de vennootschap door hen zal worden bestuurd, hun onderlinge taakverdeling en beloning, en de wijze van totstandkoming van bestuursbeslissingen nader vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst. De aandeelhoudersovereenkomst kan worden gedeponereerd bij het handelsregister, maar dit is niet verplicht.

Een andere optie is een bestuursstelsel dat in grote lijnen overeenkomt met het Amerikaanse *one tier board*-stelsel. In tegenstelling tot het traditionele *two tier board*, bestaande uit een bestuur en een RvC die toezicht houdt op het bestuur, heeft een *one tier board* geen RvC, maar kent in plaats daarvan een verdeling in een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur. Leden van het algemeen bestuur kunnen tevens lid zijn van het uitvoerend bestuur, mits zij in het algemeen bestuur een minderheid vormen. Uitgangspunt is dat het uitvoerend bestuur belast is met het dagelijks bestuur en vertegenwoordiging van de vennootschap. Beslissingen over 'aangelegenheden die de dagelijkse gang van zaken te boven gaan', worden genomen door het algemeen bestuur, dat tevens gaat over de benoeming en bezoldiging van, en het toezicht op, het uitvoerend bestuur. De *one tier*-regeling staat in artikel 18, in titel 1 (Algemene bepalingen), en kan dus voor alle in Boek 2 geregelde rechtspersonen worden toegepast.

Ueberschuldung

Een belangrijke wijziging in de regels met betrekking tot crediteurenbescherming is de afschaffing van de zogenoemde 'Ueberschuldungsregeling' (het oude art. 42 LBV, dat – gelukkig – slechts een kort leven beschoren was: van 1 januari 2000 tot 1 maart 2004). Deze regeling verplichtte het bestuur van de BV surseance van betaling aan te vragen bij een negatief eigen vermogen. Aangezien deze regeling in de praktijk als te belastend werd ervaren, is grotendeels teruggefallen op de Nederlandse regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid. Bij een faillissement (mede) als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen de betreffende bestuurders, commissarissen en zelfs andere feitelijk beleidsbepalers persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. Onzorgvuldig handelen bij de oprichting van een vennootschap kan eveneens tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden. Onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder – of commissaris of feitelijk beleidsbepaler – wordt vermoed wanneer de betreffende bestuurder verzaakt een deugdelijke

administratie te voeren en de jaarrekening tijdig op te maken. Het is dan aan de bestuurder in kwestie om te bewijzen dat het niet voldoen aan de administratieplicht geen onbehoorlijk bestuur is geweest, althans dat het faillissement niet het gevolg daarvan is geweest. Aangezien er nogal wat Antilliaanse vennootschappen zijn die door een trustkantoor worden bestuurd, is thans voor dergelijke trustkantoren extra oplettendheid op dit punt geboden.

Minderheidsaandeelhouder

Iedere minderheidsaandeelhouder kan vernietiging vorderen van een besluit tot statutenwijziging waardoor zijn rechtspositie wordt aangetast. Tevens kan hij in bepaalde gevallen zijn aandelen aan een medeaandeelhouder, of de vennootschap zelf, verkopen voor een door deskundigen vast te stellen prijs. Dit is onder meer het geval wanneer hij zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. Anders dan in Nederland kan hij ook uittreding afdwingen op de enkele grond dat hij tegen zijn wil in een minderheidspositie is geraakt. Hiervan is sprake wanneer een zodanige meerderheid is ontstaan, dat een medeaandeelhouder, alleen of samen met een groepsmaatschappij of krachtens stemovereenkomst, meer dan de helft van de bestuurders en commissarissen kan benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen. Daar staat tegenover dat hij, net als onder het Nederlandse recht, tot verkoop kan worden gedwongen door de meerderheidsaandeelhouder met een belang van ten minste 95%. In de statuten kan dit percentage worden verlaagd tot 90%.

Cross border

De enquêteregeling uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is niet of nauwelijks overgenomen. De Nederlandse regels voor fusie en splitsing hebben daarentegen wel nagenoeg geheel hun beslag gekregen in het nieuwe overzeese Boek 2. Deze zijn aangevuld met een regeling die voorziet in de mogelijkheid van omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm. *Cross border*-omzetting – van of naar een buitenlandse rechtspersoon – is ook mogelijk, mits het betrokken buitenlandse rechtstelsel dit ook toestaat. Zetelverplaatsing naar de Nederlandse Antillen betreft een statutaire zetelverplaatsing; de feitelijke zetel van de betreffende rechtspersoon hoeft niet op de Nederlandse Antillen te zijn. Van de mogelijkheid tot zetelverplaatsing van de Nederlandse Antillen naar het buitenland mag echter worden verwacht dat daarvan weinig gebruik zal worden gemaakt. Voor de omzetting van een Antilliaanse NV of BV in een buitenlandse rechtspersoon wordt namelijk de voorwaarde gesteld dat alle bestuurders en alle stemgerechtigde aandeelhouders die niet tegen het voorstel tot omzetting hebben gestemd, een verklaring afgeven waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de vennootschap ten tijde van de omzetting. Dat deze aansprakelijkheid vervalt drie maanden na het tijdstip dat de omzetting onaanvaardbaar is geworden (of na een jaar in geval van

kwade trouw), doet aan de bezwaarlijkheid van die voorwaarde niet veel af. Met de invoering van Boek 2 is de Landsverordening Zetelverplaatsing Derde Landen komen te vervallen.

Functie van de NV

Voor de NV-regeling is, zoals gezegd, de BV-regeling als basis gebruikt. De wetgever heeft zich daarbij de vraag gesteld welke functie de NV naast de BV zou moeten vervullen. Na 'uitvoerig overleg met deskundigen uit de praktijk en het bedrijfsleven'⁴ komt de wetgever tot de conclusie dat de NV dezelfde flexibiliteit moet hebben als de BV, met dit verschil dat zij aandelen aan toonder moet kennen. Dit maakt dat de regeling van de NV soms iets strakker en op een aantal punten anders geformuleerd is. Zo dient de oproepingstermijn voor de algemene vergadering van aandeelhouders van de NV ten minste twaalf dagen te zijn, waar de BV met vijf dagen kan volstaan (de dag van oproeping en de dag van vergadering steeds niet meegerekend). Voorts ziet de wetgever in de toekomst bij uitstek een rol weggelegd voor de NV als rechtsvorm voor 'relatief grote ondernemingen die de bijzondere aandacht vragen van het publiek en de overheid'⁵. In dit licht valt een tweetal specifieke NV-regels op.

Allereerst gelden voor de grotere NV strengere regels omtrent jaarrekening en jaarverslag. Voor vrijwel alle commerciële Antilliaanse rechtspersonen geldt dat wel een jaarrekening opgemaakt dient te worden, maar dat accountantscontrole en publicatie van die jaarrekening niet verplicht zijn. Dit is echter anders voor de NV met ten minste twintig werknemers die aan bepaalde financiële criteria voldoet (de waarde van de activa dient meer dan NAF 5 miljoen te bedragen, of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta, en de netto-omzet gedurende het laatste boekjaar is groter dan NAF 10 miljoen of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta). Bovendien dient een dergelijke NV bij het opstellen van de jaarrekening de door de International Accounting Standards Board (IASB) vastgestelde normen toe te passen. Door de NV met 'een zekere maatschappelijke importantie'⁶ aan een strakker regiem te onderwerpen worden de transparantie en openbaarheid bevorderd.

Voorts is voor de NV de mogelijkheid geschapen een zogenoemde 'onafhankelijke' RvC in te stellen. Een dergelijke RvC bestaat uit minimaal drie personen, die voor een periode van drie tot zes jaar worden benoemd, en die niet door de aandeelhouders kunnen worden geschorst of ontslagen. Een commissaris kan wel worden geschorst of ontslagen door de RvC zelf, op voordracht van de algemene vergadering, het bestuur of een ander in de statuten aangewezen orgaan. Tevens kunnen deze organen alsook de RvC in

geval van onbehoorlijke taakvervulling of wegens andere gewichtige redenen naar de rechter stappen, die, hangende een onderzoek, voorzieningen treft (vergelijkbaar met de regeling in het Nederlandse structuurregimie). De wetgever acht het 'goed denkbaar' dat bijvoorbeeld bedrijven in de financiële sector en (geprivatiseerde) overheidsbedrijven voor een 'onafhankelijke' RvC zullen opteren. Men is dan wel verplicht ook het strakkere regimie voor de jaarrekening te volgen.

Aantrekkelijk eindresultaat

Het resultaat van de invoering van het nieuwe Boek 2 betekent een nog grotere flexibiliteit ten aanzien van de oprichting en inrichting van een Nederlands-Antilliaanse NV of BV. Aldus is het ondernemingsrechtelijk klimaat op de zonnige Nederlandse Antillen een stuk aangenamer geworden voor (buitenlandse) investeerders en ondernemingen. Al met al heeft de *makeover* het gewenste effect: het Antilliaanse vennootschapsrecht is er een stuk aantrekkelijker op geworden.

*Mr. S.R. Hagen
Allen & Overy*

4. MvT bij Boek 2, algemene toelichting onder 5.

5. Zie noot 4.

6. Zie noot 4.