

'Een half uurtje flex-bv'en'

Eindelijk is het dan zover: sinds 1 oktober jl. is de flex-bv een feit. Daar waar de minister er zelf ruim vijf jaar over heeft gedaan om deze bv-vorm te doorgronden, heeft de gemiddelde ondernemer daar naar zijn mening gemiddeld slechts een half uur voor nodig. Tijd voor een poging!



Sjirk Bijma en Kristel Jansen
mr. S.A. Bijma en mr. K. Jansen zijn notaris, respectievelijk kandidaat-notaris bij Van Putten Van Apeldoorn Notarissen te Ede

Om te beginnen is er op het gebied van de kapitaal(beschermings)bepalingen het nodige gewijzigd. Het maatschappelijk kapitaal hoeft niet meer in de statuten van een bv te worden vermeld, en ook het minimumkapitaal van € 18.000 is afgeschaft. Sinds kort kan derhalve een bv met een zeer gering startkapitaal, bijvoorbeeld € 0,01, worden opgericht, waarbij bovendien kan worden bepaald dat dit bedrag pas na verloop van een bepaalde tijd of op eerste verzoek van de vennootschap dient te worden gestort.¹ Bijkomend gevolg hiervan is dat nu het geplaatste kapitaal van 'oude' bv's nagenoeg geheel – en mogelijk zelfs fiscaal geruisloos – kan worden terugbetaald als aan de daarvoor gestelde vereisten is voldaan. De oprichting van een bv in contanten is verder vereenvoudigd, omdat hiervoor geen bankverklaring meer is vereist. Ook de accountantsverklaring voor de volstorting van aandelen in natura, zowel bij als na de oprichting, is niet meer noodzakelijk. Er dient echter wel een beschrijving te worden opgesteld van hetgeen wordt ingebracht, met vermelding van de aan de inbreng toegekende waarde en van de toegepaste waarderingmethoden. De beschrijvingsdatum mag maximaal zes maanden liggen voor de datum van inbreng. Voorheen bedroeg deze termijn vijf maanden. Een inbreng van nihil of een negatieve inbreng is niet toegestaan. De beoordeling of daar al dan niet sprake van is, is overgelaten aan de oprichters/bestuurders.

Door de invoering van de flex-bv is art. 2:204c BW (Nachgründung) vervallen. Op grond van deze bepaling was een rechtshandeling waarbij een bv binnen twee jaar na haar inschrijving in het Handelsregister goederen verkreeg van haar oprichter of aandeelhouder, vernietigbaar, tenzij:

- er een beschrijving was opgemaakt van de desbetreffende goederen en van de tegenprestatie;
- een accountant had verklaard dat de waarde van de goederen overeenkwam met ten minste de waarde van de tegenprestatie; en
- de algemene vergadering van aandeelhouders goedkeuring had verleend aan de transactie.

Ook art. 2:207c BW (verbod op financiële steunverlening) is vervallen. Dit artikel bepaalde dat een bv noch zekerheid mocht stellen aan, noch zich sterk mocht maken voor (rechts)personen die aandelen in haar kapitaal wilden verwerven. Het in dat kader verstrekken van leningen was bovendien slechts onder voorwaarden mogelijk. Uit het overgangsrecht vloeit voort dat een rechtshandeling die tot 1 oktober jl. vernietigbaar was op grond van art. 2:204c BW of art. 2:207c BW, thans rechtsgeldig is. Als echter de oude tekst van art. 2:207c BW nog in de statuten van de vennootschap is vermeld, zou handelen van een bestuurder in strijd met deze oude regeling kunnen leiden tot een aansprakelijkheidstelling. Een statutenwijziging is voor dat geval derhalve aan te bevelen.

Blokkeringsregeling

Het wettelijk uitgangspunt van de flex-bv is dat een aandeelhouder die een of meer van zijn aandelen wil vervreemden, deze eerst moet aanbieden aan zijn medeaandeelhouder(s), op grond van de zogenoemde blokkeringsregeling. In de statuten kan in afwijking van het oude recht echter worden bepaald dat de aandelen vrij overdraagbaar zijn. Ook afwijking van de wettelijke regeling is mogelijk, met dien verstande dat bepalingen die de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken, geen toepassing vinden. In de statuten

kan voorts op basis van de nieuwe regeling worden bepaald dat de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde, redelijke termijn is uitgesloten, een zogenoemde lock-up. Of een termijn redelijk is, is afhankelijk van de aard van de vennootschap. Volgens de minister valt een termijn van vijf jaar over het algemeen als redelijk te beschouwen.

Op grond van de wet geldt dat een aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden, een prijs ontvangt die gelijk is aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. In de statuten kan echter, binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, een afwijkende regeling worden opgenomen. Voorbeeld hiervan is een regeling die stelt dat de prijs van prioriteitsaandelen nooit meer bedraagt dan de nominale waarde van die aandelen. Een dergelijke afwijkende regeling kan overigens niet aan een zittende aandeelhouder tegen zijn wil worden opgelegd.² Als de regeling ondanks de tegenstem van deze aandeelhouder toch wordt doorgevoerd, heeft deze een ‘persoonlijke vrijstelling’, die in beginsel niet overgaat op opvolgende verkrijgers van de desbetreffende aandelen.

Statutaire verplichtingen van aandeelhouders

De flex-bv biedt verder de mogelijkheid om in de statuten verplichtingen aan aandeelhouders op te leggen, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen:

- verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard;
- kwaliteitseisen; en
- aanbiedingsplichten.

Bij verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard valt te denken aan de verplichting van een aandeelhouder tot levering van door hem geproduceerde goederen aan de vennootschap. Ook kan worden bepaald dat de aandeelhouders persoonlijk aansprakelijk zijn voor *alle* schulden van de vennootschap. Een kwaliteitseis houdt in dat uitsluitend (rechts)personen die aan de gestelde eis voldoen, aandeelhouder van de desbetreffende bv kunnen worden. In dat kader kan voorts worden gedacht aan de bepaling dat het aandeelhouderschap slechts openstaat voor personen die een bepaald diploma of een bepaalde titel hebben behaald, of voor (rechts)personen die partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Ten slotte kan worden vastgelegd dat een aandeelhouder in bepaalde gevallen, zoals bij overlijden of arbeidsongeschiktheid, verplicht is zijn aandelen aan zijn medeaandeelhouder(s) aan te bieden. Ook hier geldt dat een dergelijke verplichting niet tegen zijn wil kan worden opgelegd (zie ook art. 2:192a BW).

Als een aandeelhouder een verplichting van verbintenisrechtelijke aard niet nakomt of niet (meer) aan een kwaliteitseis voldoet, kan zijn stemrecht, zijn vergaderrecht en/of zijn recht op uitkeringen op grond van de statuten worden opgeschort. Daarnaast kan worden bepaald dat hij in dat geval verplicht is zijn aandelen aan zijn medeaandeelhouder(s) aan te bieden. Komt hij ook deze verplichting niet na, dan is de vennootschap onherroep-

In de statuten van de flex-bv kunnen diverse verplichtingen aan aandeelhouders worden opgelegd

lijk gevolmachtigd, óók in geval van faillissement van de aandeelhouder, de aandelen namens hem aan te bieden en over te dragen, mits dat in de statuten is bepaald.

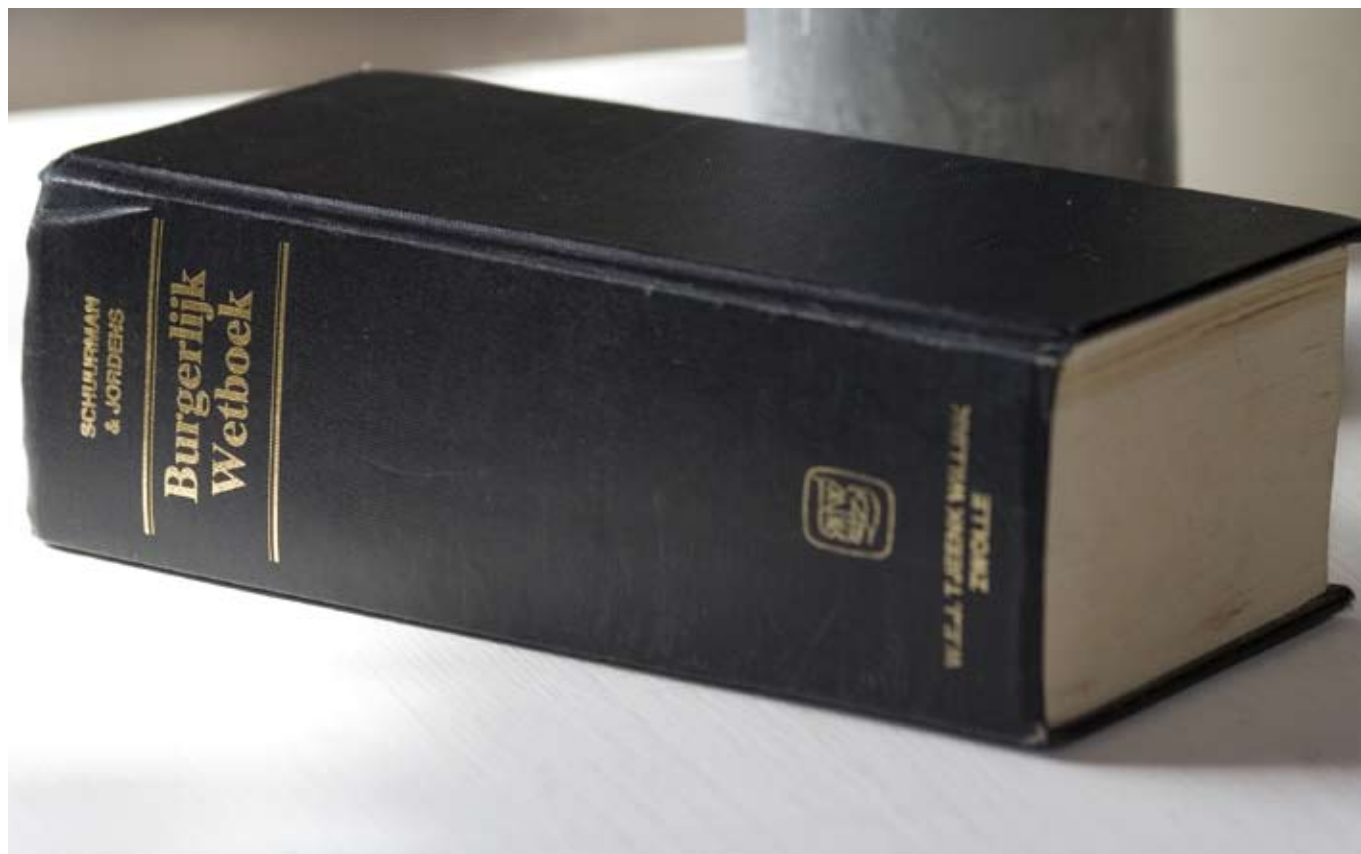
Crediteurenbescherming: de balans- en uitkeringstest

Tegenover de vrijheid van inrichting die de flex-bv biedt, staat een systeem van crediteurenbescherming dat, ondanks veel kritiek, in zijn oorspronkelijk voorgestelde vorm is vastgelegd in art. 2:216 BW. In het eerste lid van dit artikel is de zogenoemde balansstest opgenomen, die inhoudt dat uitkeringen slechts mogelijk zijn als het eigen vermogen van de vennootschap groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Een uitkering die ten laste van deze reserves heeft plaatsgevonden, is op grond van de wet nietig.

Het tweede lid van ditzelfde artikel bevat de zogenoemde uitkeringstest.³ Dat zegt dat een besluit tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur mag die goedkeuring alleen weigeren als het weet of redelijkerwijs hoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De bestuurders zullen de financiële positie van de vennootschap op het moment van de uitkering en een redelijke periode daarna moeten beoordelen. Over het algemeen wordt aangenomen dat een periode van een jaar redelijk is.

De minister verwijst in dit kader naar de Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport van het Nationale Taxonomie-project, waarin onder meer accountantskantoren en belastingadviseurs zijn vertegenwoordigd. Hij schrijft: ‘Voor de uitkering acht de werkgroep twee vragen van belang: 1) Was de onderneming de afgelopen jaren winstgevend en is dit ook de verwachting voor het lopende boekjaar (continuïteitsanalyse) en zo ja, 2) wat is op grond van de liquiditeitspositie van de vennootschap de maximale uitkeringsruimte. Dit laatste

Tegenover de vrijheid van inrichting staat een systeem van crediteurenbescherming met een balans- en uitkeringstest



wordt bepaald aan de hand van financiële indicatoren (Quick ratio en operationele kasstroom), rekening houdend met toekomstige verplichtingen, toekomstverwachtingen en overige onzekerheden.⁴ Genoemde notitie is overigens niet door iedereen met gejuich ontvangen. Zo stelden de leden van de GDA-fractie dat de notitie geen concreet aanknopingspunt bevat voor het bepalen van de hoogte van de uitkering. De minister heeft deze bezwaren echter van de hand gewezen. Het derde lid van art. 2:216 BW vormt het sluitstuk van de uitkeringstest: als de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs hoorden te voorzien, jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Deze aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag van de uitkering, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Een bestuurder is niet aansprakelijk als hij kan bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan. Hij dient daarnaast te bewijzen dat hij niet nalatig is geweest met het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkering af te wenden. Ook degene die de uitkering heeft ontvangen, is aansprakelijk, met dien verstande dat deze slechts aansprakelijk is tot het bedrag van de door hem ontvangen uitkering, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. De hiervoor bedoelde disculpatiemogelijkheid van bestuurders geldt *niet* voor degene die de uitkering heeft ontvangen.⁵

Aan de hand van twee voorbeelden zullen we hierna de balans- en uitkeringstest verduidelijken.

Voorbeeld 1

		B.V.	
		Geplaatst kapitaal	25
		Wettelijke en statutaire reserves	35
Liquide middelen	210	Vrije reserves	150
	210		210

In voorbeeld 1 is het duidelijk: toepassing van de balanstest brengt met zich mee dat 175 kan worden uitgekeerd (het eigen vermogen, verminderd met wettelijke en statutaire reserves). Ook het geplaatste kapitaal kan derhalve worden uitgekeerd, mits wordt voldaan aan de uitkeringstest, hetgeen moet worden beoordeeld door het bestuur.

Voorbeeld 2

		B.V.	
		Geplaatst kapitaal	25
		Wettelijke en statutaire reserves	–
		Vrije reserves	185
Liquide middelen	250	Schuld	40
	250		250

In voorbeeld 2 is de balansstest lastiger, omdat op basis van de wettekst niet duidelijk is of de uitkering al dan niet is gemaximeerd tot het bedrag van het eigen vermogen, nu een wettelijke en/of een statutaire reserve ontbreekt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat de balansstest in dit geval buiten beschouwing mag worden gelaten. De hoogte van de uitkering is derhalve in beginsel niet gemaximeerd, met dien verstande dat op grond van de uitkeringstest de vennootschap na de uitkering wel moet kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het gevolg hiervan is dat een vennootschap met een negatief eigen vermogen die geen wettelijke of statutaire reserves heeft, kan besluiten tot uitkering, terwijl dat bij een vennootschap die wel wettelijke en/of statutaire reserves heeft, niet is toegestaan.⁶ De wetgever is zich van dit niet geheel consequente onderscheid bewust, maar is van mening dat er geen oplossing is, aangezien (slechts) wettelijke reserves op grond van Europees recht niet mogen worden uitgekeerd.⁷

Besluitvorming algemene vergadering

Aandeelhouders van een bv oefenen hun zeggenschap over het reilen en zeilen van de bv uit via de algemene vergadering. Op grond van de wet dient er dient jaarlijks een algemene vergadering te worden gehouden, waarin de jaarrekening en dergelijke worden vastgesteld. De besluitvorming door de aandeelhouders kan ook buiten vergadering plaatsvinden. Voorheen was dat laatste alleen mogelijk als de statuten daartoe de mogelijkheid boden en er geen certificaten met medewerking van de vennootschap waren uitgegeven. Het besluit moest bovendien met unanimiteit worden genomen. Een statutaire grondslag is thans niet meer vereist. Ook het unanimiteitsvereiste is vervallen: het besluit kan thans worden genomen met de meerderheid die daarvoor in de statuten is vereist, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. Vergadergerechtigden zijn personen die, naast de aandeelhouders, het recht hebben om de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Het vergaderrecht komt toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden en, onder omstandigheden, aan vruchtgebruikers en pandhouders.

Een andere belangrijke wijziging op besluitvormingsgebied betreft art. 2:210 lid 5 BW, waarin is bepaald dat de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen, in afwijking van de hoofdregel, tevens geldt als vaststelling en strekt tot kwijting, wanneer:

- alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn van de bv;
- alle overige vergadergerechtigden – bijvoorbeeld certificathouders – in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd;
- de statuten deze wijze van vaststelling van de jaarrekening niet uitsluiten.

Certificering versus stemrechtloze aandelen

Sinds 1 oktober jl. is het voormalige onderscheid tussen certificaten die met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, vervallen. Hiermee zijn veel onduidelijkheden die daarover in de praktijk bestonden, als sneeuw voor de zon verdwenen. Een certificathouder heeft namelijk voortaan ofwel vergaderrecht, ofwel geen vergaderrecht, hetgeen in de statuten dient te worden bepaald. De statuten kunnen ook bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrecht aan certificaten van aandelen geschiedt door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan, bijvoorbeeld de algemene vergadering of het bestuur. Uiteraard heeft de wetgever in dit kader een overgangsregeling getroffen, die inhoudt dat aan certificaten die onder het oude recht met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, vergaderrecht is verbonden als dat in de statuten van de vennootschap is bepaald, dan wel wanneer de certificathouder als vergadergerechtigde is ingeschreven in het aandeelhoudersregister.⁸

In zijn algemeenheid wordt van certificering gebruik gemaakt als de wens bestaat de financiële rechten verbonden aan aandelen – recht op dividend en het liquidatiesaldo – te scheiden van de aan een aandeel verbonden zeggenschap, hetgeen veelal wordt toegepast in verband met erfopvolging binnen (familie)vennootschappen en bij werknemersparticipaties. Het nieuwe recht biedt een alternatief voor certificering van aandelen, te weten stemrechtloze aandelen. In dat geval wordt in de statuten bepaald dat aan de desbetreffende aandelen in de algemene vergadering geen stemrecht is verbonden. Ook andere afwijkingen van de hoofdregel zijn in beginsel onbeperkt mogelijk, met dien verstande dat een dergelijke afwijkende statutaire regeling geldt voor *alle* besluiten van de algemene vergadering (zie art. 2:228, lid 4 BW).

De mogelijkheid tot besluitvorming door de aandeelhouders buiten vergadering is verruimd

In genoemde situaties kan dus voortaan worden gekozen voor certificering van aandelen of het introduceren van stemrechtloze aandelen, waarbij de volgende aspecten van belang zijn:

- aan de certificathouder kan al dan niet vergaderrecht worden toegekend, terwijl een houder van stemrechtloze aandelen per definitie vergaderrecht heeft en derhalve bij de besluitvorming moet worden betrokken;
- stemrechtloze aandelen worden voor de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001 aangemerkt als een aparte soort, waardoor eerder sprake kan zijn van een aanmerkelijk belang als bedoeld in art. 4.6 van die wet. De minister heeft hierover nog wel opgemerkt dat, wanneer blijkt dat dit in de praktijk tot proble-

men leidt, de wet de mogelijkheid biedt om bij ministeriële regeling te bepalen dat dergelijke aandelen geen aparte soort vormen.

Gelet op het vorenstaande is de verwachting dat in genoemde situaties, met name bij werknemersparticipaties, zal worden gekozen voor certificering van aandelen.

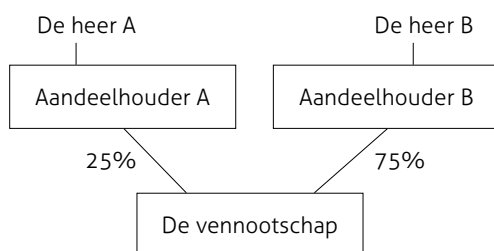
Winstrechtloze aandelen

Behalve stemrechtloze aandelen kunnen bij de flex-bv ook winstrechtloze aandelen worden gecreëerd. Er kan namelijk worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven op deling in de winst of reserves van de vennootschap (art. 2:216, lid 7 BW). Denk aan een oprichter van een familievennootschap die als aandeelhouder wil meebeslissen over de gang van zaken in de vennootschap, maar de winst geheel aan zijn kinderen wil laten toekomen. Winstrechtloze aandelen kunnen bij de oprichting of bij statutenwijziging worden ingevoerd. In het laatste geval is de instemming vereist van alle houders van aandelen aan wier recht de statutenwijziging afbreuk doet.

Bestuur

Een laatste belangrijke wijziging is de mogelijkheid tot het benoemen van een 'eigen' bestuurder. De benoeming van een bestuurder geschiedt namelijk in beginsel door de algemene vergadering (in haar geheel), maar in afwijking daarvan kan worden bepaald dat een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bevoegd is tot benoeming van bestuurders, mits iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Schorsing en ontslag is in beginsel voorbehouden aan het orgaan dat bevoegd is tot benoeming van bestuurders. De statuten kunnen echter in aanvulling daarop bepalen dat een bestuurder ook door een ander orgaan kan worden ontslagen. De verwachting is dat van deze nieuwe regeling veelvuldig gebruik zal worden gemaakt, met name in joint-ventureverhoudingen. De regeling kan ook worden ingezet om te bewerkstelligen dat een directeur-grotaandeelhouder (dga) niet verplicht verzekerd is voor de werknemersverzekeringen.

Voorbeeld 3



De vennootschap heeft twee bestuurders, te weten bestuurder A, zijnde aandeelhouder A en bestuurder B, zijnde aandeelhouder B. Onder het oude recht was be-

stuurder A verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen, aangezien hij niet kon worden aangemerkt als een dga als bedoeld in art. 2 Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder. Op grond van het nieuwe recht kan echter in de statuten worden bepaald dat aandeelhouder A bevoegd is tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurder A. Het gevolg hiervan is dat bestuurder A niet verplicht verzekerd is voor de werknemersverzekeringen, omdat hij niet meer tegen zijn wil kan worden ontslagen (art. 2, lid 1, onder b van de Regeling). Overigens bevat het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht – dat naar verwachting per 1 januari a.s. in werking zal treden – nog een aantal andere wijzigingen op het gebied van bestuur, onder meer op het gebied van tegenstrijdig belang en de mogelijkheid tot het introduceren van een zogenoemde one tier board.

Ten slotte

In dit artikel hebben we een beknopt overzicht gegeven van de belangrijkste wijzigingen die per 1 oktober jl. zijn doorgevoerd in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het bv-recht is door de invoering van de flex-bv deels vereenvoudigd en biedt meer flexibiliteit waardoor maatwerk mogelijk is, maar roept ook vragen op. De toekomst zal moeten uitwijzen of de nieuwe regeling daadwerkelijk tegemoet komt aan de wensen die in de praktijk leven, zoals door de minister is beoogd. <<<

Noten

- In geval van faillissement is de curator bevoegd tot uitschrijving en inning van alle nog niet gedane verplichte stortingen op aandelen (art. 2:192a BW). Wanneer is bedongen dat een storting plaatsvindt op een tijdstip na de dag van faillietverklaring, kan worden volstaan met voldoening van de contante waarde daarvan op de dag van faillietverklaring.
- De rechter is bevoegd om bepalingen in de statuten over overdraagbaarheid geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te laten in geval van onder meer executoriaal beslag, faillissement of een pandrecht (art. 2:195, lid 7 BW).
- De balanstest en de uitkeringstest zijn van overeenkomstige toepassing op de inkoop van aandelen, (tenzij dat geschiedt om niet) en op een besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling op aandelen.
- Eerste Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 31 058 C en de daarbij behorende bijlage.
- Zie voor de fiscale aspecten van art. 2:216 BW: G.T.K. Meussen, 'Fiscale aspecten van de invoering van de flex-bv (een tussenstand)', WPNR 2011/6870, blz. 38-46.
- Uitkering van reserves is wel toegestaan als ze eerst worden omgezet in aandelenkapitaal.
- Tweede Kamer, 31 058, nr. 6, p. 49-50.
- In art. V.2, lid 6 van het overgangsrecht is bepaald dat de vennootschap bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht dient te verbinden aan certificaten die vóór 1 oktober 2012 zijn uitgegeven met medewerking van de vennootschap. Los daarvan dienen deze certificaathouders, al dan niet op verzoek, op grond van lid 1 van deze bepaling uiterlijk 1 oktober 2013 te worden ingeschreven in het aandeelhoudersregister.