

De flex-BV nader belicht, een overzicht van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die de wet introduceert

*Mr. N. V. Douma**

Inleiding

Op 1 oktober 2012 was het moment dan eindelijk daar, de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Hoogste tijd om in deze bijdrage eens stil te staan bij de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die het herziene BV-recht met zich mee brengt. Aanleiding van de flex-BV-wetgeving was dat het oude BV-recht als star en onnodig belastend werd ervaren, het kapitaalbeschermingsrecht niet zou werken en er vanuit concurrentieoogpunt weerstand moest worden geboden aan andere Europese rechtsstelsels. Het nieuwe BV-recht zou minder dwingend moeten worden, flexibeler, eenvoudiger, en er moest een grotere vrijheid van inrichting worden gecreëerd. Het resultaat van deze operatie is nu definitief vastgelegd in de wet. Maar wat is er met de invoering van de flex-BV nu werkelijk veranderd? Een overzicht.

Kapitaal en kapitaalbescherming

Het voorheen verplichte minimumkapitaal van EUR 18.000 is komen te vervallen. Daarmee vervalt eveneens de verplichte bankverklaring bij een storting in geld en de accountantsverklaring bij een storting anders dan in geld. Bovendien hoeven de statuten niet langer verplicht een maatschappelijk kapitaal te vermelden, maar dit mag wel. Wordt voor de laatste optie gekozen, dan blijft dit de grens vormen van het aantal aandelen dat uitgegeven kan worden zonder de statuten te wijzigen. Daarnaast bestaat de eis dat ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal geplaatst moet zijn niet meer. Ook is het niet langer verplicht om ten minste 25% van de nominale waarde van de aandelen te storten bij het nemen van een aandeel. Mits overeengekomen, mag de gehele stortingsplicht op een later tijdstip worden voldaan of zelfs pas nadat deze door de BV is opgevraagd. Vanzelfsprekend is de op de schending van deze verplichtingen gestelde sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders geschrapt.

Nieuw is de mogelijkheid dat de nominale waarde van de aandelen in een andere geldeenheid dan de euro mag luiden en dat

deze kan worden uitgedrukt in meer dan twee cijfers achter de komma. Het uitgeven van verschillende soorten aandelen in verschillende valuta is echter niet mogelijk.

Nachgründung

De nachgründungsregeling is komen te vervallen. Onder het oude recht was goedkeuring van de algemene vergadering vereist voor een rechtshandeling die strekt tot het verkrijgen van goederen, die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan de oprichter of aandeelhouder, indien de rechtshandeling is verricht binnen twee jaar na de inschrijving van de BV in het handelsregister. Werd goedkeuring gevraagd, dan moesten bovendien een beschrijving van de te verkrijgen goederen en een accountantsverklaring over de waarde daarvan worden opgemaakt. Indien in strijd met deze bepaling werd gehandeld, kon de rechtshandeling ten behoeve van de BV worden vernietigd.

Met het vervallen van de nachgründungsregeling kan een dergelijke transactie niet langer worden vernietigd, wat de rechtszekerheid ten goede zal komen. Om de nadelige gevolgen van de transactie ongedaan te maken zal de BV onder het nieuwe recht een aansprakelijkheidsvordering in moeten stellen op grond van artikel 2:9 en/of 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW). De curator heeft onder omstandigheden de mogelijkheid om op basis van artikel 2:248 BW de bestuurders aansprakelijk te stellen voor het tekort in de faillissementsboedel, indien de onverantwoorde transactie als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden beschouwd. Bewezen zal moeten worden dat bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld door de transactie te verrichten en dat hun een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹ Het is zodoende voortaan het bestuur dat goed dient te beoordelen of de transactie plaats kan vinden en onder welke voorwaarden. Bij een dergelijke afweging dient het bestuur net als onder het oude recht het belang van de vennootschap voor ogen te houden.

* Mr. N.V. Douma is advocaat bij Stibbe.

1. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

Het financiële steunverbod

Ook het voor de overnamepraktijk zo hinderlijke financiële steunverbod, zoals dat was vastgelegd in artikel 2:207c BW, zal niet langer in de weg staan aan de mogelijkheid voor een BV om haar eigen overname te financieren. Het verbod dat een BV geen zekerheid mag stellen met het oog op het nemen van aandelen in haar kapitaal en slechts leningen mag verstrekken voor zover de vrij uitkeerbare reserves dat toelaten, heeft immers geen gelding meer. Dientengevolge behoren ingewikkelde doorleenconstructies tot het verleden. Ook hier geldt dat het accent is komen te liggen bij het bestuur. Het bestuur zal moeten beoordelen of een transactie in het belang van de vennootschap is. Neemt het bestuur niet de vereiste zorgvuldigheid in acht, dan geldt de sanctie van aansprakelijkheid.

Uitkering van winst en reserves

De meest controversiële wijziging in de regelgeving is het nieuwe artikel 2:216 BW, dat de uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden regelt. Hier zal ik dan ook wat uitgebreider bij stilstaan.

Balanstest

Onder het oude BV-recht gold een uitgebreide balanstest voor het doen van uitkeringen aan aandeelhouders. De BV kon slechts uitkeren voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de statutaire en wettelijke reserves. Oftewel: het gebonden vermogen mocht door een uitkering niet worden aangetast. In de praktijk bleek de balanstest echter geen garantie dat dit gebonden vermogen niet werd aangetast. Vervolgens zijn in de jurisprudentie nadere regels ontwikkeld om crediteuren van de BV wel de gewenste bescherming te bieden.² Algemene leerstukken als de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW) moesten daarvoor worden ingezet. Zelfs indien een besluit tot dividenduitkering rechtsgeldig tot stand was gekomen, kon het toch onrechtmatig zijn tegenover de schuldeisers van de BV en tot aansprakelijkheid leiden van aandeelhouders respectievelijk bestuurders van de BV.

Beperkte balanstest

Onder het nieuwe recht kan slechts worden besloten tot uitkering indien het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet en de statuten moeten worden aangehouden. Een besluit tot uitkering in strijd met dit vereiste is nietig op grond van artikel 2:14 BW en dient ongeacht de goede trouw bij de verkrijger te worden terugbetaald op grond van onverschuldigde betaling. De balanstest is hiermee nog niet helemaal van het toneel verdwenen. De vraag blijft echter op basis waarvan deze beperkte balanstest plaats moet vinden, zeker nu de zinsnede 'dat voor de vaststelling van het eigen vermogen en de reserves de laatst vastgestelde jaarrekening bepalend is' in

de laatste fase van het wetgevingstraject is geschrapt.³ De enige handreiking biedt de memorie van toelichting, waarin de minister heeft bepaald dat de algehele financiële situatie op het moment van uitkering van belang is en uitkering niet plaats zal moeten vinden aan de hand van gegevens uit een mogelijk verouderde balans.⁴

Uitkeringstest

Nieuw is de zogenoemde uitkeringstest. Een besluit dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring verleent. Het bestuur weigert slechts goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien onder de nieuwe wetgeving ten onrechte goedkeuring wordt verleend, is het besluit niet langer nietig, maar zijn de bestuurders aansprakelijk. Het derde lid van het nieuwe artikel 2:216 BW bepaalt dat indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien, jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Het behoren te voorzien vergt een vooruitziende blik bij bestuurders. Om die reden is het oordeel van het bestuur in tijd beperkt tot een redelijke periode vanaf de uitkering. Als richtlijn noemt de memorie van toelichting een periode van één jaar na uitkering.⁵

Het woordje 'slechts', zoals opgenomen in het tweede lid van artikel 2:216 BW, heeft een belangrijke betekenis. Hiermee is een exclusieve weigeringsgrond geïntroduceerd, inhoudende dat het bestuur uitsluitend goedkeuring mag weigeren indien de uitkeringstest negatief uitvalt. Stel nu dat het bestuur weet dat in de toekomst bepaalde investeringen nodig zijn om te kunnen blijven voortbestaan en het neemt daartoe een bepaalde voorziening op. Bij een uitkeringstest mag daar echter geen rekening mee worden gehouden, zodat het bestuur goedkeuring niet kan en mag onthouden. Hoe verhoudt zich dat nu met het uitgangspunt dat het bestuur zich bij de uitoefening van zijn taak moet richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming? Dit vennootschappelijk belang omvat niet alleen de belangen van crediteuren of de aandeelhouders zelf, maar bijvoorbeeld ook die van de werknemers. Het resultaat van al deze deelbelangen, het vennootschappelijk belang, kan echter niet worden meegewogen bij de besluitvorming rondom uitkeringen. Opmerkelijk, zeker gezien de introductie van het nieuwe artikel 2:239 lid 4 BW, waarin een concrete instructiebevoegdheid is vastgelegd waaraan het bestuur gehouden is, tenzij deze in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

2. HR 8 november 1990, NJ 1992,174 (Nimox) en HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders/Didam).

3. Kamerstukken II 2011/12, 32 426, nr. 21 (Amendement Van Toorenburg/Van der Steur).

4. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 29.

5. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 71.

Een aandeelhouder die een uitkering heeft ontvangen in strijd met de balanstest of zonder dat het bestuur zijn goedkeuring heeft verleend, is ondanks eventuele goede trouw verplicht het onverschuldigd ontvangene af te dragen. Een aandeelhouder die een uitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering.

Disculpatie en decharge

De wettelijke regeling voorziet in een disculpatiemogelijkheid voor bestuurders. Een bestuurder zal moeten bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Tevens kunnen bestuurders nog steeds een beroep doen op verleende decharge. Onder het oude recht moest decharge afzonderlijk worden geagendeerd. De nieuwe regeling introduceert in artikel 2:210 lid 5 BW dat, indien alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn van de BV, met de ondertekening van de jaarrekening niet alleen de jaarrekening is vastgesteld, maar daarmee ook decharge is verleend aan de bestuurders. De statuten kunnen deze wijze van vaststelling van de jaarrekening, en daarmee de gevolgen daarvan voor een verleende decharge, wel uitsluiten. Wellicht ten overvloede wijs ik nog op het feit dat decharge slechts ziet op aangelegenheden die uit de jaarrekening blijken of aan de algemene vergadering zijn meegegeeld, dat decharge slechts interne werking heeft, dat de curator niet gebonden is aan een verleende decharge en dat een besluit tot decharge achteraf kan worden vernietigd op grond van artikel 2:15 BW.

Nieuw recht versus oud recht

De vraag is nu gerechtvaardigd wat werkelijk veranderd is ten opzichte van het oude recht. De minister heeft aangegeven dat met de nieuwe regeling niet wordt beoogd de aansprakelijkheid van bestuurders uit te breiden, maar louter de huidige jurisprudentie te codificeren.⁶ De wetgever heeft echter gekozen voor een aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de BV (interne aansprakelijkheid), terwijl de huidige jurisprudentie juist ziet op een aansprakelijkheid tegenover crediteuren (externe aansprakelijkheid). Het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW wordt beschouwd als een *lex specialis* van artikel 2:9 BW. Om die reden is de jurisprudentie ontwikkeld op basis van artikel 2:9 BW relevant: er moet sprake zijn van een ernstig verwijt en de bewijslast ligt bij de BV.⁷

Een belangrijk verschil is dat de aansprakelijkheid op grond van het nieuwe recht beperkt is tot vergoeding van het tekort dat door uitkering is ontstaan, terwijl op grond van artikel 2:9 BW de volledige schade veroorzaakt door de onbehoorlijke

taakvervulling kan worden verhaald op een bestuurder. Bovendien is in de nieuwe bepaling opgenomen dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald. Artikel 2:9 BW ziet daarentegen slechts op formele bestuurders.

Concluderend kan worden gesteld dat met de introductie van het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW een aansprakelijkheid in de wet is gecodificeerd die onder het oude recht ook al bestond. Deze aansprakelijkheid geldt slechts tegenover de BV, waardoor de leerstukken van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en artikel 2:248 BW (onbehoorlijke taakvervulling) met bijbehorende jurisprudentie ook ten aanzien van het doen van uitkeringen een rol blijven spelen. Feitelijk is er voor bestuurders weinig veranderd en hoeven zij niet zozeer te vrezen voor een verzwaarde aansprakelijkheid.

Kapitaalvermindering en inkoop van aandelen

Voor wat betreft de nieuwe regeling ten aanzien van inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouders moet het bestuur dezelfde toets hanteleren als bij de uitkering aan aandeelhouders. Bovendien geldt bijbehorende aansprakelijkheid indien blijkt dat de BV niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De 50%-grens bij de inkoopregeling is afgeschaft, dus de inkoop van aandelen is niet langer gemaximeerd. Wel dient ten minste één stemgerechtigd aandeel bij een ander dan de vennootschap of een dochtermaatschappij te zijn geplaatst. Onder het nieuwe recht besluit het bestuur tot inkoop; machtiging van de aandeelhoudersvergadering is niet langer vereist. Bij kapitaalvermindering door verlaging van de nominale waarde van aandelen en door intrekking van aandelen is het crediteurenverzet komen te vervallen. Deponering van het besluit tot kapitaalvermindering bij het handelsregister en publicatie in een landelijk verspreid dagblad zijn dan ook niet langer nodig. Daarnaast is het mogelijk om slechts bepaalde aandelen in te trekken.

Stemrecht en winstrechtloze aandelen

Onder het nieuwe recht is het mogelijk om aandelen te creëren waarop geen stemrecht of winstrecht rust. Daarnaast is grote vrijheid ontstaan wat betreft de stemverhoudingen. In het nieuwe artikel 2:216 lid 7 BW is vastgelegd dat in een statutaire bepaling kan worden opgenomen dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de BV. Een dergelijke bepaling kan alleen bij (in) de statuten geschieden en dus niet krachtens de statuten.⁸ Hierbij dient te worden opgemerkt dat op grond van artikel 2:228 lid 5 BW aan een stemrechtloos aandeel altijd een winstrecht verbonden dient te zijn, en andersom. Onder het oude recht kon onderscheid worden gemaakt tussen zeggenschapsrechten en financiële rechten van aandeelhouders door middel van certificering van aandelen. Wordt gebruik gemaakt van certificering, dan is het

6. Kamerstukken I 2011/12, 31 058, C, p. 10.

7. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

8. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 75.

mogelijk om een certificaathouder geheel uit te sluiten van deelname aan vergaderingen. Echter, aan het nieuwe stemrechtloze aandeel zijn dwingendrechtelijke vergaderrechten verbonden, waardoor het onmogelijk is aandeelhouders geheel uit te sluiten van vergaderingen. De rol van certificering is dan ook nog lang niet uitgespeeld, zeker nu onder het nieuwe BV-recht vergaderrechten statutair of bij besluit van een orgaan aan certificaathouders kunnen worden onthouden. Van belang is dat bij deze regeling niet gekozen is voor het toekennen van stemrecht in bijzondere gevallen, waardoor een verschil in stemrecht per besluit dus niet mogelijk is.

Benoeming bestuurders en commissarissen

De flex-BV maakt het mogelijk om bestuurders en commissarissen te laten benoemen, schorsen en ontslaan door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Desalniettemin moeten de overige aandeelhouders kunnen deelnemen aan de besluitvorming betreffende de benoeming van minimaal één bestuurder respectievelijk commissaris. Let wel: deze regels gelden niet indien de benoeming van bestuurders geschiedt door de raad van commissarissen op grond van het structuurregime. Het is zodoende niet langer nodig om via bindende voordrachten en contractuele stemregelingen hetzelfde resultaat te bereiken.

Blokkeringsregeling

De blokkeringsregeling is op de schop gegaan. Daar waar de blokkeringsregeling naar oud recht nog een verplichting was, is dit in de nieuwe wetgeving niet langer het geval. In de huidige wetgeving bestaat de mogelijkheid om in de statuten uitdrukkelijk af te zien van de blokkeringsregeling. Er dient expliciet te worden vermeld dat de aandelen vrij overdraagbaar zijn. In afwezigheid van deze uitdrukkelijke bepaling geldt de wettelijke aanbiedingsregeling. Ook kan bij de statuten worden bepaald dat overdracht tijdelijk wordt uitgesloten, de zogenoemde 'lock up'. Wat betreft de inrichting van de blokkeringsregeling is men vrij. Echter, te allen tijde geldt het voorschrift dat een blokkeringsregeling de overdracht niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk mag maken. Verder kan in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling worden opgenomen.

Nieuw is de regeling dat in geval van onder andere executoriaal beslag en faillissement de rechter de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan verklaren indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet worden geschaad.

Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders

In het nieuwe BV-recht kunnen statuten bepalen dat aan het aandeelhouderschap bepaalde verplichtingen zijn verbonden van verbintenisrechtelijke aard. Ook kunnen er kwaliteitseisen aan het aandeelhouderschap worden gesteld en kan een aandeelhouder in bepaalde gevallen worden verplicht zijn aandelen aan te bieden en over te dragen. Daardoor hoeven dergelijke verplichtingen niet langer te worden opgenomen in een

aandeelhoudersovereenkomst. Een statutaire basis heeft bovendien het voordeel dat de statuten kunnen bepalen dat bij schending van dergelijke verplichtingen het stemrecht, het vergaderrecht of het recht op het delen in de winst of de reserves wordt opgeschort.

Conclusie

In deze bijdrage heb ik getracht de belangrijkste wijzigingen en vernieuwingen die de flex-BV met zich mee brengt, kort uiteen te zetten. Het resultaat van de flex-BV mag er zijn, een hoop bezwaren uit de praktijk zijn inderdaad tenietgedaan. Kritisch sta ik tegenover de nieuwe regeling inzake de uitkering aan aandeelhouders, waar ten opzichte van het oude BV-recht in feite niet veel is veranderd. De beoogde doelstellingen van de wetgever zijn op dat punt niet gehaald.

Men dient ook goed in het oog te houden dat de flex-BV niet zelfstandig in staat is de flexibilisering te verwezenlijken en haar hand zal moeten ophouden bij de praktijk. Op dat gebied is een belangrijke rol weggelegd voor de notarissen onder ons. De mate van flexibiliteit en vereenvoudiging is tenslotte grotendeels afhankelijk van de statuten. Deze zullen veelal moeten worden gewijzigd, wil de flex-BV optimaal kunnen functioneren.

Concluderend kan worden gesteld dat de flexibilisering van het BV-recht een aantal obstakels voor de praktijk heeft weggenomen en zodoende wordt gewaarborgd dat Nederland ook in de toekomst een aantrekkelijk vestigingsklimaat behoudt. Op naar de volgende stap in het flexibiliseringsproces: de invoering van de Wet bestuur en toezicht!