

De Flex BV

Op 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (hierna: de Wet) in werking getreden. De doelstelling van de Wet is om de regels voor de BV eenvoudiger en flexibeler te maken. De Wet brengt meer vrijheid van inrichting en een eenvoudiger systeem van crediteurenbescherming. Ondanks dat men in de praktijk spreekt van de 'Flex BV' is er geen nieuwe rechtsvorm ingevoerd; de regels voor de BV, zoals wij die nu kennen, zijn gewijzigd. De belangrijkste gevolgen van de wijzigingen voor de financieringspraktijk worden hierna op een rij gezet.

Afschaffing minimumkapitaal

Met de invoering van de Wet is het verplichte minimumkapitaal van € 18.000 afgeschaft. Ten minste één aandeel met stemrecht moet worden gehouden door een ander dan de BV of een van haar dochter-maatschappijen. Een Flex BV kan derhalve worden opgericht met slechts één geplaatst aandeel van één eurocent! Dat ene aandeel hoeft zelfs niet meteen te worden volgestort.

In verband met het vervallen van het verplichte minimumkapitaal, is ook de wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor namens de BV verrichte rechtshandelingen in het tijdvak voordat ten minste het wettelijk voorgeschreven minimumkapitaal van € 18.000 is gestort vervallen. De curator heeft hiermee een belangrijk instrument om, in geval van faillissement van de BV, de bestuurders ten gunste van de boedel aansprakelijk te stellen, verloren.

Maatschappelijk kapitaal niet meer verplicht

Het is niet langer verplicht om het maatschappelijke kapitaal op te nemen in de statuten. Hetzelfde geldt voor de eis dat ten minste een vijfde gedeelte van dat maatschappelijk kapitaal moet zijn geplaatst. Wel kan er alsnog voor worden gekozen een maatschappelijk kapitaal in de statuten op te nemen. In dat geval is men vrij om de hoogte daarvan te bepalen en geldt niet de eis dat ten minste een vijfde gedeelte moet zijn geplaatst.

Andere munteenheid kapitaal

Het nominale bedrag van de aandelen van de Flex BV kan in andere munteenheid dan de euro luiden, bijvoorbeeld in Amerikaanse dollar of Britse pond. Aan deze regel zal met

name in internationaal verband behoefte bestaan. De munteenheid kan vrijelijk worden gekozen; een verband met de werkzaamheden van de BV of van de groep waartoe zij behoort, is niet noodzakelijk.

Uitstelling stortingsplicht

Volgens de Wet kan bedongen worden dat het gehele nominale bedrag van de aandelen of een deel daarvan eerst hoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de BV het zal hebben opgevraagd. Onder het oude recht kon een dergelijk beding slechts zien op ten hoogste drie vierden van de stortingsplicht. De Wet brengt op dit punt een verruiming.

Afschaffing bankverklaring en accountantsverklaring

De verplichte bankverklaring in geval van storting op aandelen in geld bij oprichting van een BV is afgeschaft, evenals de verplichte accountantsverklaring in geval van inbreng in natura bij of na oprichting. Met de wijzigingen is de verantwoordelijkheid voor de realiteit van de kapitaalbijbreng primair bij het bestuur komen te liggen. De vereiste beschrijving van de in te brengen vermogensbestanddelen is echter gehandhaafd.

Aangezien de verklaring van geen bezwaar voor oprichting van een BV reeds op 1 juli 2011 is afgeschaft en betrokkenheid van een bank of accountant niet langer is vereist, kan oprichting van een Flex BV binnen één dag geschieden!

Afschaffing nachgründungsregeling

De zogenoemde nachgründungsregeling is volledig afgeschaft. Deze regeling schreef bepaalde formaliteiten voor bij transacties tussen de BV en haar oprichters of



aandeelhouders in de eerste twee jaar na oprichting. Deze formaliteiten, waaronder een accountantsverklaring en een beschrijving, vormden vaak een belemmering bij de structurering van overnames. Met de afschaffing van deze regeling is een belangrijk knelpunt weggenomen.

Afschaffing verbod financiële steunverlening

Door de inwerkingtreding van de Wet is ook het financiële steunverbod in zijn geheel komen te vervallen. Dit verbod beperkte de mogelijkheid voor een BV om geld uit te lenen of zekerheid te stellen ten behoeve van een derde met het oog op de verkrijging door die derde van aandelen in haar kapitaal of van certificaten daarvan. Het verbod vormde vaak een belemmering bij de financiering van overnames en gaf aanleiding tot ingewikkelde constructies om toepassing ervan te ontlopen. Met de afschaffing van dit verbod is een belangrijk knelpunt voor de financieringspraktijk weggenomen.

Afschaffing van het financiële steunverbod laat onverlet dat het bestuur en de raad van commissarissen, zo die er is, bij het aangaan van een geldlening of het stellen van zekerheid een zorgvuldige belangenafweging moeten maken en het belang van de BV en de met haar verbonden onderneming in het oog moeten houden. De bestuurders en commissarissen moeten hun taak behoorlijk uitoefenen en dienen de financiering of zekerheidstelling in ieder geval te weigeren indien de continuïteit van de BV of de met haar verbonden onderneming in gevaar komt.

Afschaffing verplichte blokkeringsregeling

Ook de verplichte blokkeringsregeling is afgeschaft. De statuten van een Flex BV kunnen nu zelfs bepalen dat er in

het geheel géén beperkingen gelden bij een aandelenoverdracht. Binnen bepaalde grenzen is men vrij om een eigen blokkeringsregeling op te stellen. Zo kan een regeling omtrent de prijsbepaling in de statuten worden opgenomen en kan overdracht van aandelen gedurende een bepaalde periode worden uitgesloten. Ook kunnen de statuten ten gunste van de pandhouder bepalen dat beperkingen van de overdraagbaarheid niet zullen gelden bij vervreemding en overdracht van aandelen door de pandhouder.

Vergaderrecht

De Wet heeft een nieuw begrip geïntroduceerd: het vergaderrecht. Dat is het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren. Men spreekt niet meer van 'de rechten die door de wet zijn toegekend aan de houders van certificaten van aandelen die met medewerking van een vennootschap zijn uitgegeven'. Dit geldt ook ten aanzien van pandhouders. Uit de statuten van een Flex BV moet expliciet blijken of aan certificaten van aandelen vergaderrecht is of kan worden verbonden. Dat is nieuw. Voor pandhouders is echter materieel geen wijziging beoogd.

Verpanding van aandelen

De Wet bepaalt dat toekenning van het stemrecht op aandelen aan de pandhouder ook na de vestiging van het pandrecht kan plaatsvinden door middel van een schriftelijke overeenkomst tussen de aandeelhouder en de pandhouder. De Wet verduidelijkt voorts, ten behoeve van de financieringspraktijk, dat het stemrecht onder opschortende voorwaarde kan overgaan.

Invoering uitkeringstest

Voor alle vormen van uitkering is de zogenoemde uitkeringstest ingevoerd. Het gaat om uitkering bij kapitaalvermindering, verkrijging van eigen aandelen en uitkering van winst of ten laste van reserves. Het bestuur moet de uitkeringstest doen. Daarbij dient het te beoordelen of de BV als gevolg van de uitkering kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden, dienen de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit in de beoordeling te worden betrokken. In de regel moet één jaar worden vooruitgekeken.

Een besluit van de algemene vergadering strekkende tot uitkering heeft geen gevolg zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert de goedkeuring slechts 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.

De bestuurders riskeren persoonlijke aansprakelijkheid als al te lichtvaardig wordt ingestemd. Gaat de BV failliet, dan is degene die de uitkering heeft ontvangen verplicht tot terugbetaling indien hij ten tijde van de uitkering te kwader trouw was.

De nieuwe regeling is ten dele codificatie van bestaande rechtspraak en legt een belangrijke verantwoordelijkheid bij de bestuurders, ook in concernverhoudingen.

Balanstest

Er is een beperkte balanstest ingevoerd. Uitkeringen van winst of ten laste van reserves zijn slechts mogelijk indien en voor zover het eigen vermogen van de BV groter is dan de wettelijke en statutaire reserves. Heeft de BV geen wettelijke en statutaire reserves, dan geldt de balanstest niet. Het geplaatste kapitaal speelt thans bij het bepalen van de uitkeringsruimte geen rol meer.

Een tussentijdse vermogensopstelling wordt door de Wet niet voorgeschreven, maar indien de laatste jaarrekening

niet van recente datum is, verdient het opstellen van een dergelijke vermogensopstelling in veel gevallen aanbeveling.

Stemrecht verbonden aan aandelen

Ook op het gebied van het stemrecht biedt de Wet de nodige flexibiliteit: de statuten kunnen bepalen dat op bepaalde aandelen meerdere stemmen kunnen worden uitgebracht. Ook kunnen de statuten bepalen dat aan bepaalde aandelen geen stemrecht is verbonden. Dat kan onder meer van belang zijn bij bedrijfsopvolging en werknemersparticipatie. Ook kan men de houders van aandelen in een Flex BV die een minderheid vertegenwoordigen, alsook de houders van een pandrecht op die aandelen, een doorslaggevende stem in de algemene vergadering geven door aan die aandelen veel stemrecht te verbinden.

Aanscherping instructiebevoegdheid

De regeling die er in voorziet dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur de instructies van een ander orgaan dient op te volgen, is aangescherpt. Anders dan onder het oude recht behoeft het niet slechts te gaan om *algemene* instructies. Volgens de Wet kan het ook gaan om *specifieke* instructies. Het bestuur is gehouden om specifieke instructies op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de BV en de met haar verbonden onderneming.

Besluitvorming buiten vergadering

Het vereiste dat besluitvorming buiten vergadering slechts met algemene stemmen kan geschieden, is vervallen. Bovendien kan ook buiten vergadering worden besloten indien er andere vergadergerechtigden dan aandeelhouders zijn, zoals pandhouders aan wie het stemrecht of vergaderrecht toekomt, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming instemmen.



Verkorting oproepingstermijn algemene vergaderingen

De oproepingstermijn voor algemene vergaderingen is teruggebracht van ten minste vijftien tot ten minste acht dagen.

Besluitvorming buiten Nederland

Op grond van de Wet kunnen algemene vergaderingen worden gehouden in een plaats buiten Nederland. De plaats moet in de statuten worden vermeld.

Tot slot

De inwerkingtreding van de Wet heeft belangrijke gevolgen voor bestaande BV's. De statuten van die BV's moeten worden beoordeeld op houdbaarheid. Wijziging van de statuten is in de meeste gevallen niet meteen noodzakelijk, maar soms wel wenselijk. Pandhouders hebben van de inwerkingtreding van de Wet echter geen nadeel onder vonden.



Martijn van der Bie

Notaris

T +31 20 3016 453

E martijn.vanderbie@cms-dsb.com