

# De flex-bv: een overzicht

11

**De Eerste Kamer behandelt het wetsvoorstel om de wetgeving voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) aan te passen, beter bekend onder de naam 'flex-bv' (wetsvoorstel 31058). Nu de Tweede Kamer op 4 oktober 2011 de Invoeringswet (wetsvoorstel 32426) heeft aangenomen, kan de Eerste Kamer het wetgevingsproces hopelijk op korte termijn afronden.**

**Na aanneming van het wetsvoorstel en de invoeringswet zullen er nog enkele reparaties moeten plaatsvinden. Zo volgt uit het wetsvoorstel en de Invoeringswet dat voor de omzetting van een naamloze vennootschap (nv) in een bv een verklaring van geen bezwaar nodig is (art. 2:183 lid 1 Burgerlijk Wetboek nieuw). Aangezien de verklaring van geen bezwaar op 1 juli 2011 is vervallen, is het aannemelijk dat dit nog aangepast zal worden. Deze bijdrage behandelt enkele belangrijke wijzigingen op de huidige wetgeving.**

## Dwingend recht

De term 'flex-bv' doet vermoeden dat de wetgeving voor de bv voortaan van regeland recht is. Dit is echter niet het geval: de wetgeving is dwingend recht, tenzij de wet afwijking toestaat (art. 2:25 Burgerlijk Wetboek (BW)).

## Kapitaal

### Geplaatst kapitaal

Het minimumkapitaal van € 18.000 wordt afgeschaft, zodat voortaan een kapitaal van € 0,01 al voldoende is. Een bankverklaring of accountantsverklaring is niet meer nodig (de huidige artt. 2:203a, 2:204a en 204b BW vervallen).

Een aandeel moet een nominale waarde hebben, omdat aan de hand daarvan de onderlinge aandeelhoudersrechten worden vastgesteld (zoals het recht dat aandeelhouders met ten minste 1% van het geplaatste kapitaal kunnen verzoeken om een algemene vergadering van aandeelhouders te houden, art. 2:220 BW).

### Maatschappelijk kapitaal

Het maatschappelijk kapitaal is in het nieuwe recht slechts facultatief (art. 2:178 lid 1 BW nieuw). Ik verwacht dat er in veel bv's geen maatschappelijk kapitaal meer zal worden opgenomen. Het maatschappelijk kapitaal kan nog wel een rol spelen in een bv waarin het bestuur aandelen mag uitgeven maar de statuten een beperking in het aantal uit te geven aandelen moeten bevatten.

Bestaande bv's hebben alle een maatschappelijk kapitaal. Het geplaatste kapitaal van deze bv's mag voortaan minder dan 20% van het maatschappelijk kapitaal zijn (het huidige art. 2:178 lid 4 BW vervalt). Als er echter méér aandelen worden uitgegeven dan het maatschappelijk kapitaal toelaat, zal een statutenwijziging toch nog noodzakelijk zijn.

### Financiële steun

Volgens art. 2:207c BW mag de bv geen financiële steun verlenen bij de verkrijging door derden van aandelen in haar kapitaal. Dit verbod vervalt in de nieuwe wetgeving.

### Handelingen binnen twee jaar na oprichting

Voor handelingen tussen de aandeelhouder en de bv binnen twee jaar na de oprichting is geen accountantsverklaring meer nodig; het huidige art. 2:204c BW vervalt.

## Winstrechtloze of stemrechtloze aandelen

### Huidig recht

Een aandeel naar huidig recht geeft altijd recht op winst in de vennootschap en stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders ('algemene vergadering'). Om deze rechten te scheiden worden aandelen gecertificeerd, waarbij het stemrecht (meestal) bij een stichting ligt en het winstrecht (in de vorm van certificaten) bij de certificaathouder. Ook komen in de praktijk stemovereenkomsten voor, waarin wordt geregeld hoe een aandeelhouder in de algemene vergadering zou moeten stemmen.

Als het kapitaal in aandelen van een zelfde bedrag is verdeeld, is de hoofdregel dat iedere aandeelhouder zoveel stemmen uitbrengt als hij aandelen heeft, art. 2:228 lid 2 BW.

### Nieuw recht: flexibel aantal stemmen

In de nieuwe wetgeving kunnen de statuten geheel van art. 2:228 lid 2 BW afwijken, hetgeen meer flexibiliteit geeft.

### Nieuw recht: geen stemrecht of geen winstrecht

In het nieuwe recht kunnen aandelen geen stemrecht of geen (of beperkt) winstrecht hebben, art. 2:216 lid 7 en 2:228lid 5 BW nieuw. Een recht dat noch stemrecht noch winstrecht heeft wordt niet als aandeel aangemerkt (art. 2:190 BW nieuw).

## Aansprakelijkheid bestuurder

### Toets voor de bestuurder

De aansprakelijkheid van de bestuurder wordt uitgebreid. Art. 2:216 BW (nieuw) bepaalt dat de algemene vergadering de winstuitkering vaststelt, maar dat zo'n besluit geen gevolgen heeft zolang het bestuur het besluit niet heeft goedgekeurd. De goedkeuring is alleen te onthouden als het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de bv na uitkering haar opeisbare schulden niet kan blijven beta-

<sup>1</sup> Mr. M.J. Tolsma is notaris bij Novitas Notariaat, m.tolsma@novitasnotariaat.nl, www.novitasnotariaat.nl.

len. Blijkt achteraf dat het bestuur ten onrechte goedkeuring heeft verleend en de bv haar opeisbare schulden niet kan betalen, dan zijn de bestuurders naast de bv aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De aandeelhouder die de uitkering heeft ontvangen moet de uitkering terugbetalen, mits de aandeelhouder wist of redelijkerwijs kon voorzien dat de bv na uitkering haar opeisbare schulden niet kon blijven betalen. Met name in een bv met meerdere aandeelhouders is het mogelijk dat een aandeelhouder die niet bestuurder is het tekort niet kon voorzien en de uitkering dan niet hoeft terug te betalen. Het tekort wordt dan op de bestuurder verhaald en niet op de aandeelhouder.

Een vergelijkbare aansprakelijkheid geldt als de bv eigen aandelen verkrijgt (art. 2:207 BW nieuw).

De wettekst roept vragen op. Stel dat bij het nemen van het besluit de bv wel aan de 'toets' voldoet, maar bij de daadwerkelijke uitkering niet meer: is het bestuur dan ook aansprakelijk? Hier dient de regering nog duidelijkheid over te verschaffen.

Deze wettelijke regeling kan de bestuurder in een lastige positie brengen. Als een bestuurder geen goedkeuring verleent, heeft de algemene vergadering immers de mogelijkheid om de bestuurder te ontslaan. Maar als de bestuurder onterecht goedkeuring verleent, is hij aansprakelijk voor het tekort.

### Omzetten in nv

Deze aansprakelijkheid van de bestuurder geldt alleen bij de bv: bij de nv bestaat die aansprakelijkheid niet. Bij een bv met meerdere aandeelhouders kan het daarom aantrekkelijk zijn om deze om te zetten in een nv. Zeker in de agrarische sector kan omzetting een uitkomst bieden: in deze sector fluctueert het resultaat sterk. De toch al lastige toets of een bestuurder het tekort behoorde te voorzien zal zeker voor deze sector moeilijk te doen zijn.

### Nieuwe organen

Volgens art. 2:189a BW (nieuw) kan een orgaan van de vennootschap ook een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort *of aanduiding* zijn. Het is dan mogelijk om statutair bijvoorbeeld aan de houder van de aandelen nummers 1 tot en met 30 de bevoegdheid toe te kennen om een bepaalde bestuurder te benoemen, bijvoorbeeld 'bestuurder A' (TK 2006-2007, 31058, 3, p. 37).

### Verplichtingen voor aandeelhouders

In het nieuwe recht kunnen de statuten bepalen dat aan het aandeelhouderschap verbintenisrechtelijke verplichtingen verbonden zijn tegenover de andere aandeelhouders, de vennootschap en zelfs jegens derden (art. 2:192 BW). Dit kan voor alle aandeelhouders gelden of voor houders van aandelen van een bepaalde soort. Jegens de vennootschap kan zo'n verplichting zijn het leveren van producten aan de vennootschap of het verstrekken van leningen aan de vennootschap. Jegens derden kan een verplichting zijn dat de

aandeelhouder aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap.

De statuten kunnen verwijzen naar een aandeelhoudersovereenkomst die een aandeelhouder moet naleven. Een nieuwe aandeelhouder is echter pas gebonden aan de overeenkomst als hij daarbij als partij is toegetreden. Wel kunnen de statuten bepalen dat bij niet-nakoming van de statutaire verplichting het stemrecht, het recht op uitkeringen of het vergaderrecht worden opgeschort.

### Instructie aan bestuur

#### Huidig recht

Het huidige art. 2:239 lid 4 BW geeft aan de algemene vergadering de mogelijkheid om een aanwijzing aan het bestuur te geven over de *algemene* lijnen van het te voeren beleid.

#### Nieuw recht

Art. 2:239 lid 4 BW wordt gewijzigd, waardoor een door de statuten aangewezen orgaan (bijvoorbeeld de algemene vergadering) ook *concrete* aanwijzingen aan het bestuur kan geven. Het bestuur dient zich naar die aanwijzingen te gedragen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de onderneming.

### Kwijting

#### Huidig recht

Vaststelling van de jaarrekening strekt niet tot kwijting aan een bestuurder of de commissaris, art. 2:210 lid 3 BW. Volgens huidig recht moet de kwijting apart geagendeerd worden.

#### Nieuw recht

Art. 2:210 lid 5 BW nieuw (opgenomen in de Invoeringswet) bepaalt dat de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders (en eventuele commissarissen) betekent dat de jaarrekening is vastgesteld én kwijting wordt verleend. Dit kan alleen als alle aandeelhouders ook bestuurders van de bv zijn en als alle vergadergerechtigden met die wijze van vaststelling hebben ingestemd (bijvoorbeeld certificaathouders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten). Deze wijziging is vooral voor de directeur-enig aandeelhouder van praktische betekenis.

Aandachtspunt is dat de statuten deze wijze van vaststellen van de jaarrekening wel moeten toelaten. In nageoeg alle bestaande statuten zal nog de huidige wijze van vaststellen van de jaarrekening en verlenen van kwijting staan. Zolang de statuten niet zijn aangepast dienen de vaststelling en de kwijting dan ook apart geagendeerd te worden.

## Belet en ontstentenis

### Huidig recht

De statuten moeten voorschriften bevatten hoe in het bestuur van de vennootschap wordt voorzien bij ontstentenis of belet van een of meer bestuurders of commissarissen (art. 2:244 lid 4 BW).

### Nieuw recht

Onder het nieuwe recht kunnen de statuten nader bepalen wanneer sprake is van belet (art. 2:244 lid 4 BW nieuw). Ook nieuw is dat de statuten dergelijke voorschriften moeten hebben bij ontstentenis of belet van een of meer commissarissen (art. 2:252 lid 4 BW nieuw).

### Overgangsrecht

Als een bv al commissarissen heeft, moet bij de eerstvolgende statutenwijziging ook een regeling worden opgenomen voor een voorziening bij belet of ontstentenis van een commissaris, art. V.2 Invoeringswet.

## Oproepen algemene vergadering

De minimale termijn tussen het oproepen van een algemene vergadering en het houden van de vergadering wordt verkort van 15 naar 8 dagen (art. 2:225 BW nieuw). Het blijft mogelijk om op kortere termijn een vergadering te houden, mits alle vergadergerechtigden daarmee instemmen en de bestuurders en commissarissen de gelegenheid hebben om vooraf een advies over het te nemen besluit uit te brengen.

Overigens hebben bestuurders en commissarissen een raadgevende stem in een algemene vergadering die wel bijeen is geroepen met inachtneming van de statutaire en wettelijke termijn (art. 2:227 lid 2 BW nieuw).

## Geen verplichte blokkeringsregeling

### Huidig recht

Het huidige art. 2:195 BW stelt dat in de statuten een blokkeringsregeling *moet* staan. Afhankelijk van de statutaire regeling is voor de overdracht van aandelen voorafgaande goedkeuring van een in de statuten genoemd orgaan nodig dan wel moeten de aandelen eerst aan de andere aandeelhouders worden aangeboden.

### Nieuw recht

De nieuwe wetgeving biedt nog steeds de mogelijkheid om een statutaire blokkeringsregeling op te nemen, maar vereist is het niet (art. 2:195 BW nieuw).

## Overgangsrecht

De nieuwe wetgeving is na invoering direct van toepassing op de bestaande bv's. Om gebruik te maken van bijvoorbeeld stemrechtloze aandelen moeten de statuten natuurlijk wel worden aangepast.

In deze bijdrage heb ik op enkele plaatsen aspecten van het overgangsrecht behandeld. Ik noem tot slot twee bepalingen uit het overgangsrecht:

- 1 Op een besluit tot intrekking van aandelen dat is genomen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving blijft art. 2:208 BW van vóór de inwerkingtreding van de wet van toepassing, ook als de intrekking na de inwerkingtreding plaatsvindt.
- 2 Ook op aansprakelijkheidsverklaringen van art. 2:204a lid 3 onder a en 2:204b lid 3 BW die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn afgegeven blijft de wetgeving van vóór de inwerkingtreding van de wet van toepassing.

## Geen notaris meer nodig?

Uit de media heeft u wellicht vernomen dat een voorstel wordt gedaan om de notariële akte voor de oprichting van een bv met één aandeelhouder af te schaffen (nieuwsbericht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 3 september 2011, te vinden op [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)). Dat voorstel maakt geen deel uit van het wetsvoorstel en zal nog afzonderlijk in de Tweede Kamer worden behandeld (een wetsvoorstel is nog niet ingediend). Een notariële akte blijft dus nog vereist.

## Betekenis voor de praktijk

De bv maakt een opkomst binnen de agrarische praktijk. Kennis van de wijzigingen in de wetgeving is dan ook van groot belang. De flexibiliteit op het gebied van samenwerking binnen een bv wordt aanzienlijk verruimd. Nadeel is dat de aansprakelijkheid van bestuurders wordt uitgebreid, maar dat is op te vangen door de bv om te zetten in een nv.