



*‘Met deze wetgeving kunnen we, meer dan tevoren, klare taal spreken’*

**De mogelijkheden van de flex-bv zijn nog lang niet uitgekristalliseerd. Maar de ervaringen met het nieuwe bv-recht zijn zeer positief. ‘Het is een enorme verrijking van het instrumentarium van de notaris.’**

TEKST Tatiana Scheltema | BEELD Truus van Gog

**H**et was even wennen – alleen al aan de naam, die suggereert dat de flex-bv een nieuw soort rechtspersoon is. ‘Ik begin altijd met cliënten te vertellen dat de flex-bv als zodanig niet bestaat, dat alleen de wetgeving rond de oude bv als rechtspersoon met aandelen is veranderd’, zegt notaris Pieter-Jan Zeestraten uit Heerlen. ‘Dan kijken ze me aan alsof ze het in Keulen horen donderen. “Maar je móet toch een flex-bv hebben?”, zeggen ze dan.’ Ook Zeestraten zélf moest wennen aan de nieuwe regels, of liever: het wegvallen van regels. ‘Als je zoals ik heel lang met het vorige bv-recht hebt gewerkt, zit je in een bepaald denkpatroon en dat moet je helemaal loslaten. Vroeger, als een cliënt belde om een bv op te richten, zei je: “Prima, komt u maar langs met een bankverklaring of een accountantsverklaring.” Je was veel tijd kwijt aan formaliteiten die zagen op de toetsing of het kapitaal was gestort. Al die formele regeltjes zijn weg. Het eerste gesprek gaat nu echt over de inhoud. Je kunt nu rustig achteroverleunen en zeggen: “Hoe wilt u het hebben?”’

#### ANDERS DENKEN

Het mooie van de nieuwe wetgeving is dat die ‘nieuwe zichtpunten’ biedt waardoor je anders gaat denken, zegt Zeestraten. ‘En dat leidt in de praktijk tot hele nieuwe vormen.’ Als voorbeeld noemt hij een familiebedrijf waarbij inmiddels de derde generatie aan het roer staat. ‘Zij hebben een compleet nieuwe, statutaire indeling gemaakt. De oude generatie zit er nog een beetje in, maar hoeft niet meer gerechtigd te zijn in de winst. De nieuwe generatie moet gaan bouwen. Dus de winst gaat naar de kinderen, maar de oudere generatie houdt met winstrechtloze aandelen nog wel een vinger in de pap. En je kunt de bv dezelfde dag al opgericht hebben.’

#### AANTREKKELIJKER

De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht trad ruim een jaar geleden in werking. Een aantal als beklemmend en nutteloos ervaren eisen aan de oprichting van een bv, zoals het startkapitaal van 18.000 euro en de verplichte accountants- of bankverklaring, werd afgeschaft. Het werd mogelijk om

stemrechtloze en winstrechtloze aandelen uit te geven en ook de regels met betrekking tot kapitaal- en crediteurenbescherming werden gewijzigd. Bovendien is de regeling voor de benoeming van bestuurders en commissarissen ingrijpend veranderd. Doel van de nieuwe wetgeving was om de bv als rechtsvorm aantrekkelijker te maken voor ondernemers. Cijfers van de Kamer van Koophandel suggereren dat dat deels is gelukt: tussen oktober 2012 en oktober 2013 werden 54.468 nieuwe bv’s opgericht, een stijging van ruim 50 procent ten opzichte van het jaar ervoor. De meeste nieuw ingeschreven bv’s zijn, volgens de Kamer van Koophandel, gericht op beheersactiviteiten: het aantal financiële holdings en beleggingsinstellingen, waaronder ook stamrecht- en pensioen-bv’s vallen, is sinds oktober 2012 meer dan verdubbeld.

#### GRENZEN

Dat je met de flex-bv alle kanten op kunt, staat wel vast, maar waar de grenzen liggen, is nog lang niet duidelijk. Dat bleek vorige maand tijdens een debatmiddag ter gelegenheid van

1 jaar flex-bv

# Meer vrijheid in denken

de eerste verjaardag van de flex-bv bij het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) in Amsterdam. Eén van de sprekers bij het ZIFO was de Amsterdamse notaris Tom van Duuren. Net als Zeestraten ontdekt Van Duuren nieuwe invullingen voor het bv-recht. De meest principiële wijziging in het nieuwe bv-recht is volgens Van Duuren dat de verplichte blokkeringsregeling is komen te vervallen. 'Je kunt nu in de statuten zetten dat de aandelen vrij overdraagbaar zijn. In principe kun je de bv dus ook naar de beurs brengen. Dat klinkt raar, want de "B" staat immers voor besloten, en niet voor "Beurs". Ik onderzoek nu de mogelijkheid van een beursgang van een bv, in dit geval in Azië. Of de Aziatische beursautoriteiten het zullen accepteren, is nog de vraag, maar puur naar Nederlands recht kan het, ofwel door certificaten van aandelen uit te geven – dat zou het mooiste zijn – maar je zou ook met stemrechtloze aandelen kunnen werken. Je kunt zelfs denken aan stemgerechtigde aandelen, zoals vroeger.'

## SANCTIES

Het geeft maar aan dat je met het flexibele bv-recht ook in de internationale praktijk goed uit de voeten kunt, zegt Van

Duuren. Hij adviseert veel bedrijven die grensoverschrijdende joint ventures aangaan, bijvoorbeeld rond de ontwikkeling van een bepaald product. 'In zo'n situatie wil je dat de aandelen juist wél – althans tijdelijk – onoverdraagbaar zijn, want je wil niet dat één van de partijen voortijdig uitstapt. In dat geval zet je een *lock up*-bepaling in de statuten. Daarmee regel je het veel beter dan voorheen, want een statutaire bepaling heeft een goederenrechtelijke werking: de overdracht van aandelen in strijd met een statutaire *lock up* is domweg ongeldig. Dus de afdwingbaarheid van zo'n bepaling wordt daarmee aanzienlijk vergroot.' Dat geeft zekerheid en rust. Maar nog niet op alle punten, zegt Wino van Veen, hoogleraar vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de Vrije Universiteit en *special council* Ondernemingsrecht bij BakerMcKenzie in Amsterdam. Volgens Van Veen is nog niet duidelijk of, en welke vennootschapsrechtelijke sancties je kunt opleggen als vennoten zich niet aan hun afspraken houden. 'In de literatuur wordt bijvoorbeeld wel gepleit om het vennootschapsrecht te gebruiken om de regels over de executie van verpande aandelen te omzeilen. Je kunt je afvragen of het vennootschapsrecht zich daarvoor leent. Maar dat gaat wel heel ver. En je kunt

je afvragen wat er gebeurt in de situatie dat de pandhouder zegt: "Jij komt je verplichtingen niet na, nu moet jij je aandelen verkopen aan iemand die ik aanwijs." Kun je dat voorkomen door er een vennootschapsrechtelijk arrangement onder te leggen?'

Waarschijnlijk niet, denkt Van Veen, maar je kunt er gif op innemen dat iemand het zal uitproberen. 'Het is kennelijk al uitgedacht; of het al wordt toegepast weet ik niet. Maar dit soort nieuwe constructies moet zeker ook worden getoetst.'

## FISCAAL

Een andere vraag die tijdens de debatmiddag opborrelde, is wat er fiscaal gebeurt als de bv haar kapitaal de facto uitkeert als winst – volgens Van Veen een juridische onmogelijkheid omdat de titel dan niet klopt. Als er geen winst is, kun je misschien spreken van 'een voorschot op de winst', maar niet van een 'winstuitkering'. Maar fiscalist Jan van de Streek, universitair docent Belastingrecht aan de Universiteit van Amsterdam en adviseur Vaktechniek bij Ernst & Young, meent dat er in een dergelijk geval een negatieve winstreserve ontstaat. Het bv-recht is volgens hem net zo flexibel geworden als het contractenrecht. 'Zolang je je schuldeisers op tijd kunt betalen, is er niets aan de hand. Of je kunt leveren, is een tweede: ik kan jou de Eiffeltoren verkopen, maar de kans dat ik hem bij je aflever, is vrij klein.'

Hoe die aandelen vervolgens door de fiscus worden gewaardeerd, hangt af van hōe, of vooral wāár je het opschrijft, zegt Van de Streek. 'Stel, een investeerder krijgt in ruil voor een garantstelling een belang van 3 procent in een bv. Schrijf je die borgstelling op in de statuten, dan wordt zijn aandeel automatisch belast in box 2 als aparte aandelensoort, wat je vaak niet wil. Het alternatief is dat je die borgstelling in een aandeelhoudersovereenkomst vastlegt en in de statuten alleen opneemt dat de aandeelhouder zich aan de afspraken moet





## 'Het eerste gesprek gaat nu echt over de inhoud'

Dat is nu veranderd: als jij als bestuurder het vertrouwen hebt dat je aan je verplichtingen kunt voldoen, kun je gewoon uitkeren.'

### PAPIERWERK

Alleen: hoe bereken je wat je opeisbare schulden zijn? De meeste bestuurders beschikken nu eenmaal niet over een glazen bol. Hijink: 'Daar is inderdaad nog veel onduidelijkheid over. Er wordt wel een termijn van een jaar genoemd. Maar wat als je weet dat je over drie jaar je machinepark moet afschrijven of een forse lening moet afbetalen, hou je daar dan rekening mee of niet? Dat lijkt wel zo verstandig.'

Dat roept vanzelfsprekend vragen op rond de aansprakelijkheid van de bestuurder. Het ligt voor de hand, zegt Hijink, om een derde, bijvoorbeeld een accountant, te vragen om te adviseren over de liquiditeitspositie na uitkering. 'Dat is sowieso verstandig, want het gaat erom dat je papierwerk in orde is. Gaat het mis, en kom je in een faillissementssituatie terecht, dan zul je de rechter moeten overtuigen dat je een weloverwogen beslissing hebt genomen, door aan te tonen dat je je hebt laten adviseren door een deskundige, bijvoorbeeld een accountant. Overigens is de vraag of die accountant er verstandig aan doet om hele harde conclusies in zo'n advies op te nemen. Een accountant is gewend om terug te kijken: of je goed hebt ondernomen en hoe dat in de jaarrekening is terechtgekomen. Maar bij dit soort adviezen moet je vooruit kunnen kijken. Het blijft dus nattevingerwerk.'

### VERRIJKING

Zeker is dat de bestuurder in het nieuwe bv-recht een rechttere rug moet hebben dan voorheen, en dus meer dan ooit moet kunnen bouwen op kundig juridisch advies. 'In die zin vormt de nieuwe wetgeving een enorme verrijking van het instrumentarium van de notaris, vindt Tom van Duuren. 'We kunnen een gang naar de rechter nu veel beter voorkómen. Je kunt beter boven aan de rots een hek zetten zodat mensen niet naar beneden storten, dan géén hek en beneden een ambulance.'

Zij het dat er altijd situaties zullen zijn waar je in goede gemoede geen rekening mee kunt houden, zegt notaris Zeestraten uit Heerlen. 'Maar dat valt in de categorie: als de hemel naar beneden valt, hebben we allemaal een blauwe hoed. Met deze wetgeving kunnen we, meer dan tevoren, klare taal spreken. Het geeft veel meer vrijheid in je denken.' ■

▶▶ houden. Is hier dan toch een afzonderlijke aandelensoort ontstaan, omdat die bankschuld, als je dieper graaft, kleeft aan dat pakket? Daar ligt een heel grijs gebied.'

### INSCHATTINGSVERMOGEN

In het oog springt ook de veranderde positie van de bestuurder. Voorheen hoefde hij alleen een blik te werpen op de balans om een uitkering aan aandeelhouders al dan niet goed te keuren. Maar met het wegvallen van het kapitaalvereiste wordt er veel meer van zijn inschattingsvermogen geëist. 'De nieuwe uitkeringstoets wordt wel als de grootste verandering en ook wel verbetering gezien', zegt Steven Hijink, hoogleraar Jaarrekeningenrecht aan de Erasmus Universiteit en advocaat bij Stibbe in Amsterdam. 'De vroegere situatie was heel rigide. Als je een goed draaiend bedrijf had, met prima winsten, maar je had een klein of haast negatief eigen vermogen als gevolg van een herwaardering van je pensioenverplichtingen, dan kon je onder het oude systeem geen uitkering doen. Je had weliswaar geld genoeg en goede vooruitzichten, maar je vermogenspositie stond eraan in de weg.'