



De flex-BV

De komst van de wetgeving (sinds oktober 2012) omtrent de flexibilisering van het BV-recht (flex-BV) heeft de adviespraktijk betreffende besloten vennootschappen (BV's) ingrijpend veranderd. Niet alleen voor nieuw op te richten BV's, maar ook voor bestaande BV's. De belangrijkste wijzigingen hebben betrekking op enerzijds de organisatie van de BV – met meer inrichtingsvrijheid – en anderzijds een nieuw systeem van bescherming van schuldeisers waarbij het bestuur een zwaardere verantwoordelijkheid krijgt.

Wijzigingen in de organisatie van de BV (inrichtingsvrijheid)

In de organisatieopzet van de flex-BV is er veel veranderd. Met de flex-BV kunnen bijvoorbeeld de *stem- en winstrechten van aandeelhouders* anders georganiseerd worden. Dit kan door te werken met verschillende soorten aandelen, zoals het uitgeven van aandelen zonder stem- of winstrecht. Hierdoor kan er meer maatwerk worden geleverd. Naast het werken met verschillende soorten aandelen is het ook mogelijk om een flexibel stemrecht in te voeren.

Deze nieuwe mogelijkheden zijn onder meer van belang bij BV's met meerdere aandeelhouders, of bij bedrijfsopvolging in familieverband of bij de eventuele participatie van medewerkers. Wij adviseren in dergelijke situaties altijd te zorgen voor een goede aandeelhoudersovereenkomst omdat de statuten hierin onvoldoende voorzien of vanwege het vertrouwelijke karakter van de afspraken minder geschikt zijn.

De statuten van de BV kunnen wel flexibeler ingericht worden. Als voorbeeld noemen we het (onder voorwaarden) vrij kunnen overdragen van aandelen. In de statuten kunnen bovendien ook afspraken worden gemaakt over kwaliteitseisen of andere *verplichtingen voor aandeelhouders*. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het stellen van kwaliteitseisen aan aandeelhouders.

De eerder verplichte *blokkeringsregeling* die in de statuten moest worden opgenomen, is in de nieuwe wet ook aangepast. Deze regeling hield in dat als de aandeelhouder zijn aandelen wil verkopen hij verplicht is deze aandelen eerst aan te bieden aan de andere aandeelhouder(s). Door het wegvallen van deze verplichting worden de aandelen van de BV mogelijk vrij overdraagbaar.

De *bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders of stemrechtloze aandeelhouders* is sinds de nieuwe wetgeving anders geregeld. In sommige gevallen krijgen zij belangrijke rechten van voorafgaande instemming of goedkeuring. Zo is het ontnemen van vergaderrechten of stemrechten niet zomaar mogelijk en is voor bepaalde besluiten tot wijziging van de statuten unanimiteit vereist.



Oprichting van BV is eenvoudiger geworden

De oude regels van kapitaal- en crediteurenbescherming zijn bij de flex-BV voor een belangrijk deel van tafel. Hierdoor is het oprichten van een BV eenvoudiger geworden. De vroeger verplichte startkapitaalstorting van € 18.000 en de bankverklaring bij een oprichting in geld zijn niet langer nodig. Daarnaast is de vereiste accountantsverklaring vervallen bij de oprichting van een BV met inbreng in natura (meestal een andere onderneming). Ook de Nachgründungsregeling en het verbod op financiële steunverlening bij aankoop van aandelen in de BV zijn vervallen.

Zwaardere verantwoordelijkheid bestuur

De keerzijde van alle voordelen is dat het bestuur van de BV een zwaardere rol heeft gekregen in de beoordeling of bepaalde transacties kunnen plaatsvinden, met de daarbij behorende verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid.

Een besluit tot (dividend)uitkeringen aan aandeelhouders moet voortaan door het bestuur vooraf goedgekeurd worden. Daartoe moet het bestuur een *balanstest* en een *uitkeringstest* uitvoeren. De balanstest houdt in dat er getoetst moet worden of er voldoende (formele) uitkeerbare reserves zijn. De uitkeringstest gaat verder: de aandeelhouder(s) moeten aan het bestuur (formeel) toestemming vragen of de BV voldoende financiële ruimte heeft voor een dividenduitkering. Indien het bestuur aanwijzingen heeft dat als gevolg van een dividenduitkering de continuïteit van de vennootschap in gevaar is of kan komen, is het niet mogelijk om dividend uit te keren. Het is vaak raadzaam om een (tussentijdse) vermogensopstelling op te stellen. Bepalend bij deze beoordeling is het moment van uitkering.

Bestuurders moeten hun goedkeuring weigeren indien zij ten tijde van de uitkering weten of redelijkerwijs moeten begrijpen dat de BV na de voorgenomen uitkering haar opeisbare schulden niet kan blijven betalen.

Voorbeeld uitkeringstest

Het voornemen bestaat een dividenduitkering te doen van € 40.000. Uit een door de directie opgestelde liquiditeitsprognose die is gebaseerd op de begroting voor het komende jaar (inclusief de voorgenomen investeringen) blijkt dat er enige liquiditeitsspanning optreedt, ook zonder dat dividenduitkering plaatsvindt. Het is daarom een reële mogelijkheid dat de vennootschap na het doen van een uitkering van € 40.000 in het aankomende jaar in surseance komt te verkeren. Het bestuur moet in dit geval zijn goedkeuring aan het dividendvoorstel weigeren.

Bestuurders zijn tegenover de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort (vermeerderd met wettelijke rente) dat in de BV ontstaat door de uitkering, als de BV na de uitkering niet langer kan voldoen aan haar opeisbare verplichtingen.

Deze aansprakelijkheid geldt ook voor de aandeelhouder als deze wist of behoorde te voorzien dat de BV na de uitkering niet langer kon voldoen aan haar opeisbare verplichtingen.

Voorbeeld aansprakelijkheid

Een situatie waarin bestuurders weten of behoren te weten dat de vennootschap niet kan blijven voortgaan met betalen is bijvoorbeeld de volgende:

Een schuldeiser heeft de BV in gebreke gesteld ten aanzien van de voldoening van een schuld en het bestuur gaat daarna over tot uitkering van een bedrag aan de aandeelhouders, terwijl duidelijk was dat dit bedrag op dat moment nodig was om de vordering van de schuldeiser te voldoen.

In de praktijk kan bovenvermelde situatie onder meer in geval van faillissement tot aansprakelijkstelling leiden. Bestuurders én aandeelhouders moeten, op straffe van mogelijke aansprakelijkheid, beoordelen of de BV na de uitkering nog kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

Conclusie

Omdat de flex-BV veel nieuwe mogelijkheden biedt, is het verstandig dat u opnieuw kijkt naar de inrichting van de organisatie van uw besloten vennootschap. Bij BV's met meerdere aandeelhouders is het aan te bevelen om de statuten op maat in te richten in combinatie met een aandeelhoudersovereenkomst. In de aandeelhoudersovereenkomst kunnen afspraken op maat worden gemaakt, bijvoorbeeld over de wijze van (gekwalficeerde) besluitvorming, het dividendbeleid, tag along en drag along afspraken en situaties van bijzondere aanbestedingsplicht (met goed en bad leaver afspraken). Een doorlichting van de huidige statuten van uw BV kan daarbij van grote waarde zijn. Mogelijk moeten deze op onderdelen aangepast worden om weer helemaal up to date te zijn.

Voor u als ondernemer – ook in uw rol van bestuurder en/of aandeelhouder in de BV – is het van belang om ervoor te zorgen dat u uw verantwoordelijkheid kunt dragen. Wij kunnen u, waar nodig, adviseren over de geoorlooftheid van (dividend)uitkeringen en over de juridische en fiscale consequenties van de flex-BV in uw specifieke situatie, het beoordelen van statuten en het opstellen van een aandeelhoudersovereenkomst of andere relevante contracten.