



Per 1 oktober 2012 wordt de wetgeving voor BV's ingrijpend vernieuwd. In deze brief informeren wij u over de belangrijkste wijzigingen uit de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (de zogenaamde "Flex-Wet"). Deze nieuwe regels bieden nieuwe kansen, maar ook nieuwe risico's. U vindt onderstaand de 10 belangrijkste aandachtspunten en in de bijlage een uitgebreide toelichting.

De 10 belangrijkste aandachtspunten:

1. Een bestaande BV is ook een Flex BV

Vaak wordt gesproken over de invoering van "de Flex BV", maar het gaat in feite om een wetswijziging die van toepassing is op alle BV's en dus ook op reeds bestaande BV's.

2. De notaris blijft nodig

De notaris blijft de enige die een BV kan oprichten en die een statutenwijziging kan regelen. Wel zijn veel formaliteiten simpeler geworden waardoor de kosten lager kunnen uitvallen.

3. € 18.000 kapitaal niet meer verplicht

Het verplichte minimumkapitaal van € 18.000 euro is afgeschaft. U kunt een BV oprichten met één euro kapitaal. Onder voorwaarden kunt u het huidige kapitaal belastingvrij opnemen.

4. Strengere bestuurdersaansprakelijkheid

Een bestuurder moet toestemming geven voor alle winstuitkeringen en is aansprakelijk als achteraf blijkt dat door de winstuitkering de BV betalingsproblemen heeft gekregen.

5. Strengere aandeelhoudersaansprakelijkheid

Een aandeelhouder moet de door hem ontvangen winstuitkering terugbetalen als achteraf blijkt dat door die winstuitkering de BV betalingsproblemen heeft gekregen.

6. Aandelen zonder winst

Het is mogelijk om te bepalen dat een deel van de aandelen geen recht geeft op dividend, of op minder dividend. Deze aandelen geven wel stemrecht.

7. Aandelen zonder stemrecht

Het is mogelijk te bepalen dat een deel van de aandelen geen of minder stemrecht geeft in de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze aandelen hebben wel recht op dividend.

8. Aandelen vrij verhandelbaar

Er kan voor gekozen worden om de aandelen vrij verhandelbaar te maken. Nu moet een aandeelhouder die wil verkopen toestemming hebben van de andere aandeelhouders.

9. Vervallen formaliteiten

Bij inbreng van een onderneming in de BV moest de accountant altijd verklaren dat de waarde van de onderneming minimaal gelijk was aan het kapitaal. Deze eis komt te vervallen.

10. Aandeelhoudersovereenkomst in de statuten

Het wordt mogelijk om meer zaken in de statuten te regelen, zoals over de bestuurdersbenoeming of verplichtingen voor aandeelhouders of bestuurders.

Conclusie

De Flex Wet biedt nieuwe mogelijkheden. Vooral als sprake is van meerdere aandeelhouders kan gebruik worden gemaakt van de nieuwe regels om de onderlinge verhoudingen naar wens op maat te regelen. Daarvoor is in de meeste gevallen wel een statutenwijziging nodig. Omdat het minimum kapitaal is afgeschaft kan het ingebrachte kapitaal desgewenst worden terugbetaald.

Nieuwe aansprakelijkheidsrisico's bij het uitkeren van dividend zijn ook een gevolg van de Flex-Wet. Door een zorgvuldige uitkeringstest kan dit risico worden beperkt.

Wij hebben gemeend met deze brief de voor de praktijk belangrijkste aanpassingen aan te geven. Met de toelichting is nog steeds niet alles gezegd over de Flex BV.

Indien u vragen heeft over uw specifieke situatie kunt u vanzelfsprekend contact met ons opnemen: 046-4514041 voor kantoor Sittard of 046- 4512294 voor kantoor Geleen.

Met vriendelijke groet,

VOLA LEINDERS MONETARIUS
Accountants & Adviseurs B.V.

Bijlage: toelichting bij de 10 belangrijkste wijzigingen.

1. Uw BV is ook een Flex BV

Overgangsrecht

De nieuwe regels van de Flex Wet hebben onmiddellijke werking vanaf 1 oktober 2012. Er is maar een zeer beperkte overgangsregeling van toepassing. Uw huidige statuten blijven geldig, waardoor het merendeel van de wijzigingen alleen na statutenwijziging effect heeft.

Het is niet op voorhand nodig om uw statuten te wijzigen. Zolang u geen gebruik wenst te maken van de nieuwe mogelijkheden voldoen de huidige statuten.

De belangrijkste invoeringsregel zegt dat bestaande aandeelhoudersrechten gewaarborgd moeten blijven. Het is niet dus mogelijk om een statutenwijziging door te voeren die nadelig is voor een minderheidsaandeelhouder (zoals het wijzigen van het stemrecht), tenzij alle aandeelhouders instemmen met de wijziging.

Let op: De nieuwe aansprakelijkheidsregels zoals die onder punt 4 en 5 worden toegelicht zijn wel direct op alle BV's van toepassing. Bij het uitkeren van winst na 1 oktober 2012 heeft u daar dus mee te maken.

2. De notaris blijft nodig

De Minister van Economische zaken heeft voor de zomer van 2012 aangekondigd dat het mogelijk gaat worden om een BV op te richten zonder tussenkomst van de notaris. Dat is voorsnog bij een aankondiging gebleven, zodat de notaris nog steeds nodig is voor ondermeer de volgende handelingen:

- Oprichting van een BV
- Wijziging van de statuten.
- Terugbetaling van het aandelenkapitaal
- Overdracht van aandelen
- Fusie en splitsing

Uitkeren van dividend en opheffen van een BV (liquidatie) kunnen wel zonder tussenkomst van de notaris geregeld worden. Ons kantoor heeft daarin ruime ervaring.

Er is een levendige concurrentie tussen notarissen, zodat het de moeite loont bij diverse notarissen een prijsopgave te vragen voor de werkzaamheden.

3. € 18.000 kapitaal niet meer verplicht

Minimumkapitaal

De aanduiding "BV" staat voor "besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid". De aandeelhouder van een BV is normaliter niet aansprakelijk voor de schulden van de BV. Om de schuldeisers van de BV enige zekerheid te bieden dat hun vorderingen betaald worden was in de wet opgenomen dat er bij oprichting een minimaal vermogen in de BV ingebracht moest worden. Dit minimumkapitaal is niet langer vereist. Wel moet er bij oprichting nog steeds een positief kapitaal worden gestort, maar dat kan dus desgewenst één Euro zijn.

De reden voor deze wijziging is dat het minimumkapitaal slechts schijnzekerheid geeft. Het gepresenteerde vermogen kan door verlies van de BV teniet zijn gegaan.

In de praktijk kwam het ook nogal eens voor dat de verplichte € 18.000 de dag na de oprichting weer terug werd overgemaakt naar de aandeelhouder. Dat leidde tot een aansprakelijkheidsrisico. Door afschaffen van het minimumkapitaal komt dat risico ook voor bestaande gevallen te vervallen.

Terugbetaling van kapitaal

Omdat het niet meer verplicht is om € 18.000 kapitaal aan te houden in de BV, is het mogelijk dit kapitaal terug te betalen aan de aandeelhouder. Dit kunt u doen met alle BV's. Stel uzelf echter de vraag hoe uw klanten en leveranciers zullen reageren op een BV met een kapitaal van € 1. Is deze nog net zo betrouwbaar als de BV met € 18.000, of wekt een kapitaalvermindering een verkeerde indruk? Wij adviseren daarom om terughoudend te zijn met terugbetaling van kapitaal door een werkmaatschappij. Voor een holding speelt deze vraag minder. Een holding is meestal een verlengstuk van het privévermogen en niet afhankelijk van leveranciers.

Van belang is dat een terugbetaling van kapitaal aan de DGA net als een dividenduitkering belast wordt met 25% inkomstenbelasting (box 2). Alleen voor zover u het kapitaal zelf vanuit privé heeft geïnvesteerd in de BV én de notaris de juiste akte maakt, is de terugbetaling belastingvrij.

Tip: laat uw holding-BV haar aandelenkapitaal belastingvrij terugbetalen, maar let op de formaliteiten. Als u overweegt om dit te doen, adviseren wij om contact met ons op te nemen.

Let op: ook terugbetaling van kapitaal valt onder de uitkeringstest (meer hierover bij punten 4 en 5)

4. Strengere bestuurdersaansprakelijkheid

Besluit tot winstuitkering

Alleen de aandeelhouders kunnen besluiten tot het uitkeren van dividend. Dat is zo en dat blijft zo. Nieuw is dat het bestuur van de BV (de directeur) moet instemmen met die dividenduitkering. De gedachte is dat de bestuurder goed op de hoogte is van het reilen en zeilen van de BV en daarom kan beoordelen of de BV wel over voldoende geld beschikt om de dividenduitkering te betalen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap als gevolg van de dividenduitkering niet door kan gaan met het betalen van haar opeisbare schulden, dan is het raadzaam voor het bestuur om de instemming te weigeren en het dividend niet uit te keren. Ontstaat er namelijk ten gevolge van de dividenduitkering een tekort bij de BV, dan is de directeur daarvoor in privé aansprakelijk. De aansprakelijkheid is beperkt tot het uitgekeerde dividend.

Op grond van de rechtspraak kon een bestuurder al aansprakelijk zijn voor onverantwoorde dividenduitkeringen. Het bewijs was echter lastig voor de curator. Met de nieuwe wettekst in de hand zal de curator bij faillissement veel kritischer kijken of hij dividenduitkeringen kan terugdraaien.

Voorkom aansprakelijkheid met de uitkeringstest

De aansprakelijkheid kan worden voorkomen door te laten zien dat er op het moment van dividenduitkering nog geen sprake was van een mogelijk tekort. Dit kan door een zogenaamde "uitkeringstest" te doen. Dat houdt in dat een liquiditeitsprognose gemaakt wordt waaruit blijkt dat er voldoende geld of kredietruimte is om het dividend uit te keren.

Lastig is dat er geen regels zijn voor de periode dat er vooruitgekeken moet worden. Meestal zal een termijn van een jaar voldoende zijn, maar als bekend is dat een grote uitgave op stapel staat, zal die meegenomen moeten worden in de prognose. Vanzelfsprekend adviseren wij u graag over een uitkeringstest bij een voorgenomen dividenduitkering.

Let op: ook het pensioen in eigen beheer is relevant voor de uitkeringstest. Daarbij is niet de fiscale boekwaarde, maar de commerciële waarde van de pensioenverplichting relevant!

De aansprakelijkheid geldt niet alleen voor een normale dividenduitkering, maar ook voor andere vormen van het uitkeren van vermogen door de BV, zoals terugbetaling aandelenkapitaal of een te hoge managementfee.

5. Strengere aandeelhoudersaansprakelijkheid

Voor de aandeelhouder gelden dezelfde aansprakelijkheidsregels bij uitkering van dividend als voor de bestuurder. Er is één heel belangrijk verschil: de aandeelhouder hoeft maximaal het door hem ontvangen dividend terug te betalen, terwijl de bestuurder aansprakelijk is voor het gehele dividend.

De aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders kan dus afwijken. Dat is niet altijd wenselijk. Of en hoe dit kan worden opgelost, hangt af van de situatie. Bij meerdere gelijkgerechtigde aandeelhouders die niet allen bestuurder zijn, kan gelijkheid in aansprakelijkheid worden bereikt door allen tevens tot bestuurder te benoemen.

6. Aandelen zonder winst

De hoofdregel is dat alle aandelen recht geven op een gelijk aandeel in de winst van de BV. Nieuw is dat daarvan in ruime mate kan worden afgeweken. Zo kan bepaald worden dat sommige aandelen recht geven op meer winst dan andere aandelen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen in een geval waarin twee aandeelhouders de zeggenschap willen delen, maar waarbij de ene aandeelhouder meer kapitaal gestort heeft en daarvoor gecompenseerd wil worden met meer winst.

Het is ook mogelijk om het winstrecht volledig uit te sluiten voor een bepaalde groep aandelen. Deze aandelen houden wel stemrecht en kunnen daarmee worden gebruikt om de zeggenschap te behouden terwijl de winst toevloeit aan andere aandeelhouders (zoals kinderen). Deze aandelen zonder winstrecht kunnen dienen als alternatief voor certificering van aandelen.

Certificaten van aandelen

Het komt regelmatig voor dat een DGA zijn aandelen wil overdragen aan zijn kinderen, maar toch graag de zeggenschap wil behouden. Dat kan door de aandelen te certificeren. De aandelen worden dan overgedragen aan een stichting administratiekantoor (STAK). De STAK geeft een soort winstbewijzen (certificaten) uit aan de kinderen, terwijl de bestuurder

van de STAK (vader) het stemrecht uitoefent. Deze structuur blijft mogelijk. In de statuten moet echter worden bepaald of aan certificaten vergaderrecht is verbonden (dit is overigens de enige uitzondering op de regel dat statutenwijziging niet persé nodig is). Vergaderrecht wil zeggen dat de certificaathouders het recht krijgen om bij alle AVA's aanwezig te zijn. Met een statutenwijziging kan dit worden voorkomen.

Let op: certificaathouders krijgen vaak recht om de AVA bij te wonen, controleer de statuten.

Bestuurdersbenoeming

Het stemrecht op een aandeel geldt altijd voor alle soorten van besluiten. Het is dus niet mogelijk om bijvoorbeeld aandeelhouder A te laten besluiten over het huisvestingsbeleid en aandeelhouder B over de personeelsaangelegenheden. Hierop is een uitzondering gemaakt voor de benoeming van de bestuurders. Het is mogelijk dat aan bepaalde aandelen het recht wordt verbonden om een bestuurder te benoemen. Zo zou elke aandeelhouder zijn eigen bestuurder kunnen benoemen.

Een directeur aandeelhouder is niet verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen als hij niet tegen zijn wil ontslagen kan worden. Een minderheidsaandeelhouder is dus meestal wel verzekerd. Door elke aandeelhouder het recht te geven zichzelf als bestuurder te benoemen en ontslaan, kan sociale verzekeringsplicht mogelijk voorkomen worden.

7. Aandelen zonder stemrecht

Het is ook mogelijk om aandelen te creëren die geen stemrecht hebben. Deze kunt u bijvoorbeeld gebruiken voor een werknemersparticipatie of bij overdracht van aandelen aan de kinderen, waarbij u de zeggenschap nog niet wilt overdragen.

Een aandeel zonder stemrecht moet wel delen in de winst. Deze winstgerechtigdheid kan eventueel wel beperkt worden. Zo kunnen financieringsaandelen gecreëerd worden die recht geven op een vast winstpercentage over het gestorte kapitaal, terwijl ze geen stemrecht geven. Een dergelijke participatie lijkt sterk op het verstrekken van een lening. Het verschil met een lening is dat rente op een lening aftrekbaar is bij de betaler en belast bij de ontvanger, terwijl de vaste winstuitkeringen niet aftrekbaar zijn en niet belast (behoudens uitzonderingen).

Stemrechtloze aandelen zijn overigens niet helemaal rechteloos. Zo hebben de houders daarvan wel het recht om de algemene vergadering van aandeelhouders te bezoeken en meebeslissen over enkele ingrijpende beslissingen zoals een juridische fusie.

8. Aandelen vrij verhandelbaar

Een belangrijk verschil tussen de BV en de NV was dat bij de BV de aandelen niet vrij verhandelbaar waren. Ze moeten op grond van de wet eerst worden aangeboden aan de andere aandeelhouders. In de statuten is daarvoor altijd een regeling opgenomen. Deze regeling kent een aantal varianten.

Per 1 oktober 2012 hoeft deze aanbiedings- of blokkeringsregeling niet meer opgenomen te worden en kan hij desgewenst worden geschrapt. In veruit de meeste gevallen zal het niet wenselijk zijn om op dit punt een wijziging aan te brengen in de statuten. Het is vaak juist van groot belang dat een minderheidsaandeelhouder zijn aandelen niet zomaar kan verkopen aan de grootste concurrent.



De wet biedt ruimere mogelijkheden om in de statuten een methode voor schrijven voor de berekening van de waarde van de aandelen voor het geval een aandeelhouder wil verkopen.

Er kunnen statutaire kwaliteitseisen aan het aandeelhouderschap worden gesteld, bijvoorbeeld dat alleen personen aandelen kunnen verkrijgen die werkzaam zijn bij de BV of arts zijn.

9. Vervallen formaliteiten

Bij groei van de onderneming of bij verwachte aansprakelijkheidsrisico's wordt er vaak voor gekozen om de onderneming vanuit de eenmanszaak of VOF/Maatschap om te zetten in een BV. Bij bestaande BV's komt het voor dat de onderneming is overgedragen naar een andere (werk-)BV. Daarbij moest een accountant verklaren dat de waarde van de onderneming minimaal gelijk was aan het kapitaal. Vanaf 1 oktober kan volstaan worden met een verklaring door het bestuur dat het vermogen voldoende groot is om het kapitaal uit te geven. Vanzelfsprekend zijn wij u graag van dienst bij het opstellen van die zogeheten inbrengbeschrijving.

Er zijn meer formaliteiten vervallen, waaronder de eis dat u een kapitaalvermindering moet publiceren in een landelijk verspreid dagblad en de eis dat een aandeelhoudersbesluit alleen met algemene stemmen kan worden genomen als er feitelijk geen (aandeelhouders-) vergadering wordt gehouden.

10. Aandeelhoudersovereenkomst in de statuten

Bij meerdere aandeelhouders is het van belang de onderlinge verhoudingen goed te regelen. Dat kan door in een aandeelhoudersovereenkomst afspraken te maken over arbeidsongeschiktheid, plotseling overlijden, toetreding van kinderen en dergelijke zaken. Onder de Flex BV kunnen dergelijke afspraken veelal ook in de statuten geregeld worden. Dat heeft als voordeel dat de afspraken eenvoudiger juridisch kunnen worden afgedwongen, maar als nadeel dat iedereen de afspraken kan inzien door de statuten op te vragen bij de Kamer van Koophandel.

Nieuw is dat in de statuten kan worden opgenomen dat aandeelhouders bepaalde verplichtingen krijgen, zoals de verplichting om een verlies van de BV aan te zuiveren, of de verplichting om een lening te verstrekken aan de BV. Wij krijgen signalen dat banken overwegen om dergelijke verplichtingen als onderdeel van de financieringsvoorwaarden te verlangen. Het zijn in feite alternatieven voor de veel gebruikte borgstellingen.

De algemene vergadering van aandeelhouders krijgt het recht om dwingende aanwijzingen te geven aan de bestuurder. Dat is met name handig in de situatie dat de bestuurder niet zelf ook aandeelhouder is.

De algemene vergadering van aandeelhouders kan ook een besluit nemen zonder feitelijk bij elkaar te komen. Dat kon alleen als alle aandeelhouders instemmen met het besluit, maar onder de Flex-wet is die eis vervallen. Wel moeten alle aandeelhouders instemmen met het niet houden van een vergadering. In de praktijk kan een besluit worden genomen door alle aandeelhouders voor akkoord te laten meetekenen op het aandeelhoudersbesluit.

Van praktisch belang is dat een jaarrekening voortaan door ondertekening daarvan kan worden vastgesteld indien alle aandeelhouders bestuurders zijn. Een aparte vergadering van aandeelhouders is daarvoor niet meer nodig.