

Nieuw bv-recht in aantocht

Naar verwachting zal op 1 juli 2012 of op 1 januari 2013 het nieuwe bv-recht in werking treden, met grote gevolgen voor iedereen die met besloten vennootschappen ("bv's") te maken heeft. De wijzigingen zijn een gevolg van wetsvoorstellen inzake de flexibilisering van het bv-recht en bestuur & toezicht. Hoewel het kabinet is gevallen en nieuwe verkiezingen zijn uitgeschreven, zijn de flexibiliseringsvoorstellen niet controversieel verklaard door de Eerste Kamer. Dat betekent dat de behandeling in de Eerste Kamer gewoon verder gaat.

De wetsvoorstellen inzake bestuur & toezicht bevatten enige omstreden bepalingen over beperking van het aantal bestuursfuncties en commissariaten bij "grote" bv's, nv's en stichtingen (groot in de zin van het jaarrekeningenrecht). Het is mogelijk dat de behandeling van die wetsvoorstellen vertraging oploopt. Voor de gewone vennootschapspraktijk is uit de bestuur & toezicht-wetsvoorstellen alleen de nieuwe tegenstrijdig belangregeling relevant.

NIEUW BV-RECHT VERGT ACTIE, OOK DOOR BESTAANDE BV'S

De wetsvoorstellen zullen het Nederlandse recht inzake bv's ingrijpend veranderen.

Die veranderingen hebben niet alleen gevolgen voor nieuwe vennootschappen. Ook bestaande vennootschappen krijgen met wijzigingen te maken, doordat de regelgeving in het algemeen onmiddellijk in werking treedt en statutaire bepalingen die in strijd met de wet zijn, ongeldig worden.

De veranderingen zijn in de navolgende rubrieken in te delen:

- onmiddellijk werkende bepalingen die risico opleveren bij bestaande bv's;
- blokkering van nieuwe faciliteiten door bepalingen in statuten gebaseerd op huidig recht;
- nieuwe faciliteiten die statutenwijziging vereisen;
- nieuwe aandachtspunten bij statutenwijziging en oprichting van nieuwe bv's.

In deze nieuwsbrief worden de belangrijkste veranderingen voor bestaande bv's aangegeven. Voorts kan daaruit worden afgeleid in welke situaties er aanleiding is om zich te verdiepen in de nieuwe regels en eventueel advies in te winnen.

Hieronder een overzicht van de belangrijkste wijzigingen.

- het geplaatst kapitaal hoeft niet meer € 18.000 te zijn, € 0,01 is genoeg;
- de bankverklaring bij oprichting van een bv, waarbij in geld wordt gestort, vervalt;
- er zijn geen accountantsverklaringen meer nodig bij inbreng in natura en bij transacties met oprichters en aandeelhouders binnen twee jaar na oprichting ("Nachgründung");
- het verbod op financiële steunverlening door de bv vervalt;
- de "kapitaalklem" bij uitkering van winst of reserves, inkoop en kapitaalvermindering is niet meer verplicht (simpeler formaliteiten).

CERTIFICATEN VAN AANDELEN

Op het gebied van certificering van aandelen gaat door de flex-bv wetten veel veranderen. De belangrijkste verandering is dat het onderscheid tussen certificaten uitgegeven "met medewerking van de vennootschap" (de houders hebben het recht de algemene vergadering bij te wonen) en certificaten "zonder medewerking van de vennootschap" verdwijnt. Onder het nieuwe recht is uitsluitend van belang of de statuten aan de certificaathouders vergaderrecht toekennen.

Voor houders van certificaten van aandelen die "met medewerking" zijn uitgegeven, is het van belang dat zij bij directie en aandeelhouders aandringen op spoedige statutenwijziging, zodat hun vergaderrechten onder het nieuwe recht erkend zullen worden.

ONMIDDELIJK WERKENDE BEPALINGEN DIE RISICO OPLEVEREN BIJ BESTAANDE BV'S

Ook zonder statutenwijziging treden een aantal nieuwe regels die risico opleveren onmiddellijk in werking, de belangrijkste zijn:

- Nieuwe uitkeringsregels: uitkeringen (bijvoorbeeld dividend) zijn alleen mogelijk met goedkeuring van de directie, die moet toetsen of de bv na uitkering kan voldoen aan de opeisbare verplichtingen ('uitkerings-test'). Niet-naleving leidt tot ongeldige handelingen en onder omstandigheden tot aansprakelijkheid van directie en aandeelhouder. De nieuwe regels gelden ook voor boekjaren die zijn geëindigd voor inwerking-treding, voor zover uitkeringen worden gedaan, dan wel uitkeringsbesluiten worden genomen ná inwer-king-treding van het nieuwe bv-recht.
- Tegenstrijdig belang voorschriften veranderen: als een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig be-lang heeft met zijn bv mag hij niet meer aan de be-sluitvorming deelnemen.
- Certificaten van aandelen: de regelgeving inzake cer-tificaten van aandelen wijzigt ingrijpend. Om rechts-onzekerheid te voorkomen zijn maatregelen nodig, meestal omvat dat ook statutenwijziging van de bv.
- Aandeelhoudersregister: het register van de bv dient binnen een jaar na inwerking-treding te voldoen aan de nieuwe eisen van de wet.

BLOKKERING VAN NIEUWE FACILITEI- TEN DOOR BEPALINGEN IN STATUTEN GEBASEERD OP HUIDIG RECHT

De navolgende nieuwe mogelijkheden kunnen worden geblokkeerd door de statuten van een bestaande bv waarin wordt verwezen naar huidig recht:

- verruiming mogelijkheden om uitkeringen (onder an-dere dividend) te doen;
- vereenvoudiging regels terugbetaling van gestort ka-pitaal, kapitaalvermindering en inkoop;
- vervallen van formaliteiten inzake transacties met oprichters en aandeelhouders binnen twee jaar na oprichting ('Nachgründung');
- vervallen van de eisen inzake steunverlening door de bv in het kader van de verkrijgen van de aandelen ('artikel 207c').

REGELS RONDOM UITKERINGEN WORDEN ANDERS

De belangrijkste verandering van het nieuwe bv-recht is dat de regels rondom uitkeringen door de bv anders worden.

MAKKELIJKER

Aan de ene kant wordt het gemakkelijker, omdat de regels over het minimumkapitaal van € 18.000 niet meer gelden. Dat heeft niet alleen gevolgen voor nieuwe bv's, maar ook voor bestaande bv's (als de statuten het toelaten). Ook bij bestaande bv's kan straks worden besloten om het geplaatste kapitaal terug te betalen. Het is volgens de parlementaire geschiedenis zelfs mogelijk om meer uit te keren dan het eigen vermogen, waardoor het eigen ver-mogen negatief wordt, tenzij er statutaire of wette-lijke reserves zijn (wat overigens vaak onverstandig of ongewenst zal zijn, zie hierna). Voorbeeld: de bv heeft een aandelenkapitaal van nominaal € 40.000. Waar er vroeger een ingewikkelde procedure nodig was om dat bedrag terug te betalen, kan onder het nieuwe recht de algemene vergadering besluiten om de gehele € 40.000 aan de aandeelhouders uit te keren.

In de nieuwe regels is het onderscheid tussen ge-woon dividend en interim-dividend verdwenen.

Voorheen was het niet toegestaan dat de bv lenin-gen verstrekke aan de partij die de aandelen van diezelfde bv wilde kopen ('financiële steunverle-ning'). Dat verbod verdwijnt als de flex-bv wordt in-gevoerd en zal dus overnamefinanciering vereen-voudigen, zij het dat de directie van de bv wel zal moeten beoordelen of het zakelijk en zorgvuldig is dat de financiële steun wordt verleend. Praktisch betekent dat er een zakelijke overeenkomst van geldlening moet worden gesloten en dat er wel-licht ook zekerheden moeten worden bedongen.

NIEUWE FORMALITEITEN

De positie van de directie en de aandeelhouders wordt onder het nieuw bv-recht anders omdat er nieuwe formaliteiten worden geïntroduceerd.

De belangrijkste nieuwe formaliteit is dat de directie goedkeuring moet verlenen voor iedere uitkering. Het begrip "uitkering" omvat niet alleen uitkering van winst ("dividend"), maar ook uitkering van agio en van (nominaal) aandelenkapitaal. Het gaat om goedkeuring van de directie als geheel, niet om goedkeuring van ieder van de individuele directieleden. Het is dus mogelijk dat bij een directie met drie directieleden, dat de directie met twee stemmen voor en één stem tegen akkoord gaat met uitkering. Het gevolg van het ontbreken van de goedkeuring is dat een eventueel besluit van de algemene vergadering geacht wordt niet te zijn genomen. Voor zover er iets zou zijn uitgekeerd aan de aandeelhouders, is dat onverschuldigd betaald en kan door de bv worden teruggevorderd.

Aandachtspunt is dat de directie niet zo maar goedkeuring mag weigeren; die goedkeuring mag slechts worden onthouden indien de directie weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de bv na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit wordt "de uitkeringstest" genoemd. Als de directie die uitkeringstest niet goed heeft uitgevoerd en later blijkt dat de bv insolvent is geworden, kan de directie aansprakelijk worden gesteld voor betaling van maximaal het uitgekeerde bedrag (voor zover de bv het bedrag niet van de aandeelhouders kan terugvorderen). Een gelijksoortige aansprakelijkheid geldt voor aandeelhouders als zij er van op de hoogte waren dat niet aan de uitkeringstest kon worden voldaan. Voor directeuren is er een disculpatiemogelijkheid als hij kan bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de bv de uitkering heeft gedaan en dat de directeur niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkering af te wenden.

Tijdens de parlementaire behandeling is door de minister van veiligheid & justitie gezegd dat ondernemers zich geen zorgen hoeven te maken over de uitkeringstest aangezien dit slechts vastlegging van bestaande rechtspraak zou zijn. Of dit in de praktijk zo gaat uitpakken, moet nog worden afgewacht.

NIEUWE FACILITEITEN DIE STATUTENWIJZIGING VEREISEN

Een aantal faciliteiten van het nieuwe recht worden alleen geboden als de statuten van de bv in overeenstemming zijn met het nieuwe recht. Dit betreft onder andere:

Algemene vergadering

- het eenvoudiger besluiten buiten vergadering nemen door de algemene vergadering;
- bestuurdersbenoeming door specifieke (groepen) aandeelhouders;
- de bevoegdheid van de algemene vergadering om aan de directie aanwijzingen te geven, die ook opgevolgd moeten worden;
- verkorting van de oproepingstermijn voor de algemene vergadering van vijftien dagen naar acht dagen;
- vergaderen in het buitenland.

Aandelen

- verbinden van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard aan de aandelen alsmede van eisen aan het aandeelhouderschap;
- stemrechtloze en winstrechtloze aandelen; beperking van stemrecht op bepaalde aandelen;
- coupure van de aandelen in andere valuta dan de euro, bijvoorbeeld de Amerikaanse dollar;
- laten vervallen of ingrijpend wijzigen van de blokkeeringsregeling;
- verruiming mogelijkheden om prijsbepalingsregelingen in de statuten op te nemen;
- maatschappelijk kapitaal (beperkt mogelijkheid aandelen uit te geven) kan worden geschrapt.

FISCALE EN FINANCIËLE ASPECTEN

Als gebruik gemaakt gaat worden van bijzondere soorten aandelen, kan dat fiscale gevolgen hebben, onder meer voor de beoordeling of sprake is van aanmerkelijk belang, de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en het criterium "verbondenheid". Voorts kunnen er effecten in de sfeer van de jaarrekening optreden, onder meer inzake de beoordeling of een belang in een bv een groepsmaatschappij, dochtermaatschappij of deelneming is. Het is daarom belangrijk om bij plannen om de nieuwe mogelijkheden te benutten ook fiscaal en financieel advies in te winnen

Nieuwe tegenstrijdig belang regeling

In de wet bestuur & toezicht wordt de tegenstrijdig belang regeling aangepast. Als een directeur bij het aangaan van een rechtshandeling namens de vennootschap een eigen belang heeft dat strijdig is met dat van de vennootschap, kan dit op dit moment nog gevolgen hebben voor de geldigheid van overeenkomsten en andere rechtshandelingen ("externe werking"). De bv kan onder omstandigheden de rechtshandeling vernietigen.

In het nieuwe systeem mag een directeur met tegenstrijdig belang met de bv niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming binnen de directie. Wanneer hierdoor geen directiebesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Om te voorkomen dat bij vennootschappen met maar één statutair directeur telkens notulen van de algemene vergadering moeten worden gemaakt, is het aan te bevelen zo spoedig mogelijk in de statuten op te nemen dat bij tegenstrijdig belang de enig statutair directeur wel bevoegd is de bv te vertegenwoordigen.

Niet-naleving kan leiden tot interne aansprakelijkheid, maar heeft niet langer tot gevolg dat de rechtshandeling kan worden aangetast.

In de wet bestuur & toezicht wordt ook een tegenstrijdig belangregeling voor commissarissen geïntroduceerd, die vergelijkbaar is met die voor

directeuren. Op dit moment kennen we dat niet in het Nederlandse rechtspersonenrecht.

REPARATIE (OVERGANGSRECHT)

Het is mogelijk om fouten op het gebied van tegenstrijdig belang na in werking treden van de wet te repareren. De algemene vergadering kan, indien een bv voorafgaand aan de inwerkingtreding van wet is vertegenwoordigd door de directie of een directeur terwijl er een tegenstrijdig belang was, die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen op of na de datum van inwerkingtreding van de wet.

WIN ADVIES IN!

Het nieuwe bv-recht stelt straks minder eisen aan de inhoud van statuten van de bv's. Dat kan tot gevolg hebben dat belangrijke bepalingen in de statuten die de positie van een investeerder, minderheidsaandeelhouder of statutair directeur waarborgen ontbreken. Afhankelijk van de omstandigheden zijn er diverse onderwerpen die aandacht verdienen. Onder andere de verplichtingen verbonden aan de aandelen, inbreng in natura, transacties met gelieerde partijen en de regels rondom benoeming van bestuurders.

De ondernemingsrechtadvocaten van Pellicaan Advocaten, <http://www.pellicaan.nl/>, kunnen u assisteren bij de beoordeling of gewenst is dat actie wordt ondernomen en of de nieuwe mogelijkheden interessant voor u zijn.

In deze nieuwsbrief worden de belangrijkste wijzigingen genoemd, zonder volledigheid na te streven.

ROTTERDAM
Rivium Promenade 190
2909 LM Capelle aan den IJssel
Postbus 23161
3001 KD Rotterdam
Tel. +31 (0)88 627 22 87
Fax +31 (0)88 627 22 80
www.pellicaan.nl

AMSTERDAM
Delflandlaan 1
1062 EA Amsterdam
Postbus 7266
1007 JG Amsterdam
Tel. (020) 206 06 55
Fax (020) 206 02 50
amsterdam.advocaten@pellicaan.nl

UTRECHT
Orteliuslaan 1051
3528 BE Utrecht
Postbus 8118
3503 RC Utrecht
Tel. (030) 287 94 60
Fax (030) 287 94 83
utrecht.advocaten@pellicaan.nl