

DE FLEX-BV VOOR DE FUSIE- EN OVERNAMEPRAKTIJK

MR. DR. ROGIER WOLF

MR. SOPHIE PRINS

Amsterdam, 20 november 2014

INLEIDING

1. De flex-BV (hoofdlijnen)
2. Kapitaal
3. Aandelen
4. Organen van een BV
5. Algemene vergadering
6. Aandeelhouders
7. Uitkeringen en uitkeringstest
8. Vragen/discussie.

DE FLEX-BV (I)

Wettelijk kader:

- Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstukken 31 058)
- Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstukken 32 426)
- uitwerking: wijzigingen in Boek 2 BW
- datum inwerkingtreding: 1 oktober 2012

DE FLEX-BV (II)

- meer vrijheid van inrichting;
- evenwichtig systeem van crediteurenbescherming;
- bescherming van minderheidsaandeelhouders;
- crediteurenbescherming gebaseerd op een uitkeringstest in combinatie met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en aandeelhouders;
- afschaffing minimumkapitaal van € 18.000;
- vervallen van verplichte blokkering van de overdraagbaarheid van aandelen (hoofdregel is aanbiedingsregeling, tenzij);

DE FLEX-BV (III)

- verruiming van mogelijkheden om besluitvorming buiten de algemene vergadering te laten plaatsvinden;
- wettelijke geschillenregeling verbeterd;
- mogelijkheid ingevoerd om in de statuten te voorzien in:
 - a. stemrechtloze aandelen;
 - b. winstrechtloze aandelen; en/of
 - c. een flexibele verdeling van stemrecht.

AFSCHAFFING MINIMUMKAPITAAL (I)

- Wettelijk minimumkapitaal van € 18.000 vervallen;
- Wel een aandeel met stemrecht met nominale waarde van ten minste één cent;
- Uitstel van stortingsplicht van nominale waarde;
- Geen aansprakelijkheid voor onvoldoende storting;
- Maatschappelijk kapitaal optioneel;
- Nominale waarde/storting op aandelen kan in vreemde valuta (beperkt tot één vreemde valuta);
- Wisselkoers op dag van storting is bepalend.

AFSCHAFFING VAN BANKVERKLARING

- Controle bij oprichting van BV of is voldaan aan stortingsplicht is vervallen;
- Gevolg van afschaffing verplichte minimumkapitaal;
- Dus geen bankverklaring.

AFSCHAFFING MINIMUMKAPITAAL (II)

TIPS

- Voorzien (oude) statuten in maatschappelijk kapitaal? Wordt de overname deels met aandelen gefinancierd? Statuten aanpassen?
- Zijn alle over te dragen aandelen volgestort? Onderzoek & Garanties?

INBRENG IN NATURA (I)

- Controle bij oprichting van BV of is voldaan aan stortingsplicht is vervallen;
- Gevolg van afschaffing verplicht minimumkapitaal;
- Dus geen accountantsverklaring bij inbreng;
- Beschrijving door bestuurders bij inbreng in natura;
- Nachgründungsregelung (controle bij de verkrijging van goederen van de aandeelhouders door de BV) is vervallen.

INBRENG IN NATURA (II)

- Beschrijving door bestuurders bij inbreng in natura (bij en na oprichting) wel vereist;
- Inbreng: o.g.v. jurisprudentie daadwerkelijk inbreng;
- Inbrengbeschrijving intern ter inzage;
- Eventuele aansprakelijkheid bij onjuiste beschrijving (willens en wetens te lage beschrijving) jegens vennootschap en in faillissement.

TIPS: check statuten en aandeelhoudersregister - sprake van inbreng - reële waarde - nader onderzoek?

Vereisen oude statuten accountantsverklaring bij inbreng in natura? Aannemen dat dit vereiste is vervallen.

VERVAL VERBOD OP FINANCIËLE STEUNVERLENING (I)

- Voorheen: verbod van financiële steunverlening door vennootschap;
- Kort gezegd: BV mag zich niet sterk maken met het oog op het verkrijgen van aandelen door anderen in haar kapitaal (art. 2:207c BW). Indien wel, nietige rechtshandeling;
- Flex-BV: verval van dit verbod;
- Gevolg:
 - geen verbod meer om zekerheid of garanties te stellen voor de verkrijging van aandelen door anderen;
 - leningen ter financiering van verkrijging van aandelen in haar kapitaal mogen door BV worden verstrekt.

VERVAL VERBOD OP FINANCIËLE STEUNVERLENING (II)

TIP

check statuten op deze bepaling. Oude statuten met verbod steunverlening? Aanne: geldt niet meer. Liever statuten in het kader van transactie Flex-BV proof maken.

Let op: heeft een belanghebbende voor 1-10-2012 zich op nietigheid beroepen?

Kan wel in (nieuwe) flex-BV statuten staan (onverplicht)

AANDELEN

Negatieve wettelijke formulering:

“Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.”

Aan aandelen zijn in beginsel financiële en zeggenschapsrechten verbonden.

TIP: kijk in de statuten of sprake is van aandelen van een verschillende soort en/of van een verschillende aanduiding.

SOORTEN AANDELEN IN DE FLEX-BV (I)

- *aandelen met volledig stemrecht*: aandelen met stemrecht ten aanzien van alle voorkomende onderwerpen in de algemene vergadering (ongeacht het aantal stemmen dat op deze aandelen kan worden uitgebracht) (art. 2:228 lid 1 BW);
- *stemrechtloze aandelen*: aandelen die geen stemrecht hebben in de algemene vergadering (ongeacht of deze aandelen stemrecht toekomt in een vergadering van houders van stemrechtloze aandeelhouders) (art. 2:228 lid 5 BW);
- *beperkt stemgerechtigde aandelen*: aandelen met beperkt stemrecht ten aanzien van alle besluiten in de algemene vergadering (art. 2:228 lid 2 jo. lid 4 BW);

SOORTEN AANDELEN IN DE FLEX-BV (II)

- *winstrechtloze aandelen*: aandelen die geen recht geven op uitkering van winst of reserves (art. 2:216 lid 7 BW);
- *beperkt winstgerechtigde aandelen*: aandelen die beperkt recht geven op uitkering van winst en/of reserves (art. 2:216 lid 7 BW);
- *aandelen met gedifferentieerd stemrecht*: aandelen waarop meer dan één stem kan worden uitgebracht ten aanzien van alle besluiten in de algemene vergadering (art. 2:228 lid 3 jo. lid 4 BW).
- Nota Bene: dit zijn nieuwe soorten aandelen naast reeds bestaande mogelijkheden als (cumulatief) preferente aandelen en prioriteitsaandelen!

HET STEMRECHTLOZE AANDEEL (I)

- Het stemrechtloze aandeel kan statutair worden gecreëerd vóór uitgifte of na uitgifte van een aandeel;
- Na uitgifte van een aandeel kan het daaraan verbonden stemrecht slechts worden ontnomen indien alle houders van die aandelen daarmee instemmen;
- De stemrechtloze aandeelhouder heeft alle aandeelhoudersrechten, behalve het stemrecht en het voorkeursrecht ex art. 2:206a lid 2 sub c BW, tenzij – wat het voorkeursrecht betreft – de statuten anders bepalen. Zo heeft de stemrechtloze aandeelhouder wel vergaderrecht en winstrecht.

HET STEMRECHTLOZE AANDEEL (II)

Vergelijkbare rechtsfiguren:

- Certificaten van aandelen (met of zonder vergaderrecht)
- Participatie-/winstbewijzen

HET STEMRECHTLOZE AANDEEL (III)

Voordelen:

- het bieden van financiële deelname in de vennootschap, zonder de stemverhoudingen aan te tasten (investeerders, (erf)opvolging in familievennootschappen, werknemersparticipaties en bij banken en financieringsmaatschappijen);
- het voorkomen dat aanvankelijk overeengekomen stemverhoudingen in een vennootschap wijzigen bij (toekomstige) kapitaalinjecties;

HET STEMRECHTLOZE AANDEEL (IV)

Voordelen:

- ten opzichte van certificering van aandelen heeft de uitgifte van stemrechtloze aandelen lagere invoeringskosten;
- in internationaal verband een gebruikelijke figuur (nuttig bij internationale (houdster-) structuren, aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland);
- anders dan bij certificaten, waar het stemrecht toekomt aan een AK, kan men bereiken dat er helemaal geen stemrecht bestaat.

CERTIFICAATHOUDERS (I)

Oud recht:

Certificaten met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven

Discussie: wanneer is sprake van medewerking?

- rechtshandeling gerichte benadering
- feitelijke benadering

Met medewerking: alle aandeelhoudersrechten, behalve stemrecht

Nieuwe recht:

- Certificaten met en zonder vergaderrecht
- Statuten kennen aan certificaten vergaderrecht toe
- Overgangsrecht

CERTIFICAATHOUDERS (II)

Discussie onder oud recht blijft van belang, indien sprake is van certificaten onder oud recht.

Betwist de vennootschap dat sprake is van met medewerking uitgegeven certificaten? (Overgangsrecht)

Van invloed op besluitvormingsproces, mogelijk vernietiging van besluiten door certificaathouders.

ORGANEN VAN EEN BV (I)

Bestuur:

- belast met besturen van vennootschap
- gaat over beleid en strategie
- vertegenwoordigt de vennootschap

Algemene vergadering:

- komt alle bevoegdheid toe die niet aan het bestuur of anderen is toegekend
- begrenzing door wet en statuten

Raad van Commissarissen:

- soms onverplicht ingesteld
- structuurvennootschap (kapitaal + reserve EUR 13 mio of meer/OR/100 wn)
- bestuursbesluiten die voorafgaande goedkeuring van RvC vereisen

ORGANEN VAN EEN BV (II)

Naast bestuur, algemene vergadering, RvC zijn ook organen:

- Vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding
- Gemeenschappelijke vergadering van bestuur en RvC

ORGANEN VAN EEN BV (III)

Waarom is het orgaan-begrip van belang?

Bevoegdheidsverdeling binnen vennootschap

In de praktijk vooral bij familievennootschappen en joint ventures

Bijvoorbeeld instructierecht:

- Statuten kunnen bepalen dat bepaald orgaan instructies aan bestuur kan geven.
- Bestuur moet instructie opvolgen, tenzij strijd met vennootschappelijk belang (open norm).

ORGANEN VAN EEN BV (IV)

Andere voorbeelden:

- bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag bestuurder
- bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag commissaris
- bevoegdheid tot bestemming winst en vaststelling jaarrekening
- bevoegdheid tot uitgifte van aandelen

TIP: check statuten. Is er sprake van een andere – van de wet afwijkende – bevoegdheid verdeling? Wat is het werkelijke speelveld van de transactie?

ALGEMENE VERGADERING (I)

Vergadergerechtigden:

- Aandeelhouders
- Houder van een certificaat met vergaderrecht

Wat is vergaderrecht?

- Het recht om in persoon of bij gemachtigde de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren

TIP: Denk aan vergadergerechtigden en neem alle formele vereisten in acht bij de besluitvorming in en buiten vergadering!

ALGEMENE VERGADERING (II)

Termijn voor oproeping?

- ten minste acht dagen vóór de vergadering
- statuten kunnen langere termijn voorschrijven

Wat als termijn niet in acht genomen is of geen oproeping?

Geen wettige besluiten, tenzij:

- vergadergerechtigden hebben ingestemd dat besluitvorming toch plaatsvindt;
- bestuur en RvC hebben voorafgaand aan besluitvorming gelegenheid gehad advies uit te brengen.

ALGEMENE VERGADERING (III)

Oude oproepingstermijn was vijftien dagen.

Wat als de statuten niet zijn aangepast aan de Wet Flex-BV?

A: nieuwe wettelijke oproepingstermijn geldt?

B: statuten toch maar even aanpassen?

Besluitvorming buiten vergadering:

- gewone meerderheid is hoofdregel
- alle vergadergerechtigden moeten met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd (evt. langs elektronisch weg)
- stemmen worden schriftelijk uitgebracht of schriftelijke vastlegging van besluit met vermelding van wijze waarop stem is uitgebracht (evt. langs elektronisch weg)
- bestuur en RvC hebben voorafgaand aan besluitvorming gelegenheid gehad advies uit te brengen

AANDEELHOUDERS (I)

- Afschaffing blokkeringsregeling;
- Hoofdregel: aanbiedingsregeling;
- Statutaire afwijking mogelijk, bijvoorbeeld (tenzij overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt):
 - overdracht van aandelen is geheel vrij;
 - goedkeuringsregeling (door orgaan);
 - uitsluiten van overdraagbaarheid gedurende bepaalde periode.

Aandeelhoudersovereenkomsten nog steeds belangrijk. Statuten zijn immers openbaar.

AANDEELHOUDERS (II)

Verplichtingen verbonden aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.
Statutaire regeling

Welke?

- Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard jegens derden, de vennootschap of tussen aandeelhouders
- Eisen aan het aandeelhouderschap
- Aanbiedings- of overdrachtsverplichting met prijsbepalingsregeling

Aandeelhouder moet instemmen met statutaire verplichting.

Niet nakomen van deze verplichtingen? Mogelijke opschorting van vergader-, stem- en uitkeringsrecht.

UITKERINGEN

Wat zijn uitkeringen in ruime zin:

- winst/dividend
- liquidatieoverschot
- inkoop van eigen aandelen
- besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling op aandelen (intrekking of vermindering nominale bedrag)

Geen onderscheid jaarlijkse of tussentijdse uitkeringen

TIP: let op bij het 'licht maken' van de target

UITKERINGSTEST (I)

Art 2:216 BW

- algemene vergadering bevoegd tot bestemming van winst (lid 1);
- besluit tot uitkering moet worden goedgekeurd door bestuur (lid 2);
- criterium: weigering van goedkeuring slechts ingeval van:
“weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden”;
- Bescherming van schuldeisers;
- sanctie: hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens vennootschap voor het tekort dat door uitkering is ontstaan.

UITKERINGSTEST (II)

MvA I, EK, 31 058/32 426, 1 maart 2012:

“slechts”:

- bestuur mag weigeren indien lid 2 zich voordoet;
- geen discretionaire bevoegdheid.

- goedkeuring kan ook impliciet (bijv. voor betaalbaarstelling dividend), geldt ook voor weigering;
- bij weigering heeft uitkeringsbesluit geen gevolgen;
- bij weigering zonder beroep op lid 2 treedt bestuur buiten bevoegdheid (sanctie evt. ontslag).

UITKERINGSTEST (III)

uitkering ism lid 1 (criterium: EV groter dan wettelijke of statutaire reserves): besluit is nietig;

uitkering ism lid 2: besluit blijft geldig, sanctie hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders;

“redelijkerwijs behoort te voorzien”: beoordeling door bestuur over een periode van een jaar vanaf moment van uitkering;

Hoe te beoordelen?

- Notitie uitkeringstoets Werkgroep Fiscaal Jaarrapport (bijlage bij MvA I)
- Consultatiedocument NBA najaar 2014

UITKERINGSTEST (IV)

Nadere MvA I, EK, 31 058/32 426, 31 mei 2012:

Twee toetsen:

1. EV na uitkering > wettelijke en statutaire reserves;
2. Kan BV na uitkering opeisbare schulden blijven voldoen (o.a. solvabiliteit).

Ad 2: geen aparte vermogensopstelling vereist; bestuur moet nagaan of na vaststellen jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die risico vormen voor continuïteit.

Dus: materiële beoordeling van de financiële situatie van de BV.

Art. 2:216 BW geldt ook voor tussentijdse uitkeringen.

Bepalend is het moment van uitkering (betaling zelf)!

SAMENWERKING MET UM

- Steins Bisschop & Schepel werkt samen met het *Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies* (ICGI) van de Faculteit der Rechtgeleerdheid van de Universiteit Maastricht
- Promotie Rogier Wolf: “*Kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de flex-BV*” (waaronder stemrechtloze aandeelhouder) 31 mei 2013
- www.maastrichtuniversity.nl/icgi

VRAGEN/DISCUSSIE

- Dank voor uw aandacht!

CONTACT

mr. dr. R.A. (Rogier) Wolf
mr. S.C. (Sophie) Prins

Steins Bisschop & Schepel
Verlengde Tolweg 2
2517 JV Den Haag
M +31 (6) 31 76 99 84
T +31 (0)70 331 8899
F +31 (0)70 322 5777
E wolf@sbsadvocaten.nl
I www.sbsadvocaten.nl

