

## DE FLEX BV

Per 1 oktober 2012 zijn de wettelijke regels van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna ook 'BV') ingrijpend gewijzigd. Veel overbodige en ingewikkelde bepalingen zijn geschrapt. Voorts zijn de regelingen flexibeler geworden (vandaar 'flexwet' en 'flexBV').

Per 1 januari 2013 invoering van de Wet bestuur en toezicht.

### **De belangrijkste wijzigingen omvatten ondermeer:**

#### **Afschaffen:**

- verplichting tot het opnemen van een maatschappelijk kapitaal
- minimumkapitaal van € 18.000,= (huidig kapitaal kan dus worden verminderd naar € 1,00)
- reserve minimumkapitaal, wettelijke reserves steunfinanciering en omrekening euro
- wettelijke regeling omtrent financiële steunverlening aan derden
- beperking inkoop eigen aandelen tot maximaal 50% geplaatst kapitaal
- verzetregeling bij kapitaalvermindering
- bankverklaring
- verplichte accountantsverklaring bij inbreng op aandelen in natura
- Nachgründungsregeling
- verplichte blokkering bij overdracht van aandelen

#### **Invoeren:**

- nominatie aandelen in euro's of vreemde valuta
- uitkeringstoets (bij uitkering dividend, inkoop, kapitaalvermindering)
- aanscherping aansprakelijkheid bestuurders
- mogelijkheid nominale waarde in een andere geldeenheid
- stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen
- van opnemen afwijkende prijsbepalingsregeling
- flexibilisering van de stemrechtverdeling
- mogelijkheid statutaire verplichtingen aan bepaalde groepen aandelen
- benoeming bestuurder/commissaris door groep aandeelhouders
- verkorte oproepingstermijn algemene vergadering
- verruiming mogelijkheden te besluiten buiten de algemene vergadering om
- mogelijkheid om de algemene vergadering buiten Nederland te houden
- toekennen van vergaderrechten aan certificaathouders

De nieuwe flexwet geldt voor alle bestaande BV's per 1 oktober 2012 en heeft dus onmiddellijke werking.

Hoewel er geen wettelijke verplichting bestaat voor BV's, waarvan de statuten nog zijn opgemaakt onder de wetgeving van vóór 1 oktober 2012 (hierna ook: 'oude wet(geving)' en 'oude statuten'), om de statuten aan te passen aan de flexwet, zijn er toch enkele belangrijke aandachtspunten ter voorkoming van nadelige consequenties.

Ter illustratie hiervan dienen de volgende voorbeelden:

#### **1. Bepalingen in de statuten die strijdig zijn met dwingendrechtelijke bepalingen in de flexwet zijn niet meer geldig:**

##### Voorbeeld:

*Indien in de oude statuten van een BV voor bepaalde besluiten een andere stemregeling geldt, is deze regeling in de flexwet niet meer geldig, daar een statutaire afwijking van het algemene stemrechtstelsel alleen nog maar mag gelden voor alle besluiten. Indien de oude statuten van de BV in een dergelijk geval niet worden aangepast aan de flexwet, is onduidelijk welke*

*stemrechtregeling zal gelden en bestaat onzekerheid over de gevolgen hiervan. Voorts zal bij een aanpassing van de statuten op dat punt artikel 2:228 lid 4 BW van toepassing zijn, hetgeen inhoudt, dat het betreffende besluit tot statutenwijziging alleen genomen kan worden met unanimititeit van alle aandeelhouders.*

**2. Verwijzingen in de statuten naar de wetsartikel van de oude wet of naar de zakelijke inhoud daarvan, gelden als een verwijzing naar het flexwet of de inhoud daarvan:**

Voorbeeld:

*Indien de oude statuten voor inkoop van aandelen verwijzen naar art 2.207c BW OUD, dat geldt dit als een verwijzing naar art 2:207c BW.*

**3. Bij de eerstevolgende statutenwijziging na 1 oktober 2012 geldt het volgende:**

- de vennootschap dient vergaderrechten te verbinden aan de met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten;
- de vennootschap dient een regeling op te nemen voor belet en ontstentenis van commissarissen.

**4. Binnen één jaar na 1 oktober 2012 geldt het volgende:**

Ten aanzien van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen waaraan vergaderrechten zijn verbonden, dienen de houders daarvan te worden ingeschreven in het aandeelhoudersregister (verzoek door (bewilligde) certificaathouders binnen één jaar na inwerkingtreding van de flexwet).

**5. Handhaving in de oude statuten van bepaalde regelingen uit de oude wet kan leiden tot onbedoelde effecten:**

Voorbeeld:

*Indien in de oude statuten terzake de aanbiedingsregeling de wettelijke vrije kring niet stond opgenomen en de vrije kring ook niet uitsloten of beperkten, is deze vrije kring door invoering van de flexwet automatisch vervallen, daar de flexwet geen wettelijke vrije kring kent, zodat de oude statuten daarop dienen te worden aangepast.*

**6. De flexwet kent wel de optie om een vervallen nietigheidsgrond in de statuten op te nemen:**

Volgens artikel 81 lid 1 Overgangswet wordt een rechtshandeling die onder de oude wet nietig was en onder de nieuwe wet geldig en onaantastbaar, met terugwerkende kracht geldig, mits belanghebbenden de rechtshandelingen voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet als geldig hebben aangemerkt.

Artikel 81 Overgangswet NBW stelt, dat als de oude statuten na inwerkingtreding van de nieuwe wet nog wel de nietigheidsgrond bevatten, die onder het oude wet gold en de nieuwe wet aan de statuten de optie geeft om die nietigheidsgrond in de statuten op te nemen, dan blijft de nietigheid in stand (!).

Voorbeeld:

*Indien in de oude statuten is bepaald, dat machtiging is vereist van de algemene vergadering voor inkoop van eigen aandelen, dan is een inkoop zonder machtiging nietig, omdat artikel 2:207 lid 4 BW de optie kent dat de statuten de inkoop kunnen beperken of uitsluiten.*

**7. De flexwet kent niet de optie om een vervallen nietigheidsgrond in de statuten op te nemen:**

Indien een rechtshandeling onder de oude wet nietig was en deze nietigheidsgrond onder de flexwet niet meer bestaat, noch de flexwet de optie geeft om die nietigheidsgrond in de statuten op te nemen, dan zou gesteld kunnen worden, dat die oude statutaire bepaling geen toepassing meer kan vinden, doch daar zijn de

meningen over verdeeld. Het is daarom aan te bevelen de statuten daarop aan te passen.

Voorbeeld:

*Indien in de oude statuten het in de flexwet vervallen steunverbod van artikel 2:207c BW OUD is opgenomen, waarvan de flexwet ook niet de optie kent, dat de statuten anders kunnen bepalen, bestaat onduidelijkheid over de gevolgen hiervan.*

**8. Aanpassing tegenstijdig belang regeling**

De tegenstijdig belang regeling is gewijzigd van externe naar interne werking alsmede het 'kwalitatief' tegenstijdig belang is vervallen.

Het gevaar bestaat, dat op grond van de in de statuten opgenomen oude (en ongeldige) tegenstijdig belang bepalingen, de algemene vergadering in een dergelijk geval een ander persoon aanwijst om de vennootschap bij de transactie te vertegenwoordigen, waarbij het (onbedoelde) effect is, dat de vennootschap in een dergelijk geval onbevoegd wordt vertegenwoordigd, waardoor een ongeldige rechtshandeling tot stand komt.

**9. Invoeren one-tier-board (monistisch bestuursmodel):**

Een bestuur bestaande uit uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders waarin uitvoering en toezicht gecombineerd zijn in één orgaan.

Dit staat naast het dualistische model van een bestuur en een raad van commissarissen in twee organen.

**Balanstest en uitkeringstest**

Voorts dient aandacht te worden besteed aan de balanstest en uitkeringstest

De bescherming van schuldeisers is niet langer gebaseerd op het in de vennootschap aanwezig dienen te zijn van een bepaald kapitaal (zijnde de situatie van vóór 1 oktober 2012), doch berust op een systeem waarin de geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap.

De geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de 'balanstest' en de 'uitkeringstest' (artikel 2:216 BW).

De sanctie op het niet naleven van deze regels levert aansprakelijkheid op van de bestuurders (en andere beleidsbepalers/aandeelhouders) jegens de vennootschap voor de daardoor ontstane schade en verplichting van de aandeelhouders tot terugbetaling.

**Aanbevelingen**

Zolang de oude statuten niet (integraal) worden aangepast, bestaat de mogelijkheid, dat bij bepaalde rechtshandelingen, de wettelijke (soepelere) regeling afwijkt van de statutaire (strictere) regeling, hetgeen kan leiden tot onduidelijkheid (wat is geldig, de flexwet of de oude statuten?). Deze onduidelijkheid kan leiden tot problemen, met name als er meerdere aandeelhouders zijn, hetgeen weer kan leiden tot rechtsonzekerheid ten aanzien van (de geldigheid van) genomen besluiten.

Het is daarom aanbevelenswaardig om zo spoedig mogelijk te beoordelen, of oude statuten, gezien de belangen/verhoudingen in een BV:

- gebaat zijn met aanpassing aan de flexibelere flexwet;
- nopen tot aanpassing vanwege de nadelige effecten van de oude statuten.