

## 7. De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 2)

Ruim een jaar is alweer verstreken na de inwerkingtreding op 1 oktober 2012 van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: Wet Flex-BV, zie deel 1, noot 1). Eerder in dit tijdschrift heb ik geschreven over de wijzigingen als gevolg van de invoering van de Wet Flex-BV (zie deel 1, noot 2). In het onderhavige artikel wordt ingegaan op een aantal voor de praktijk van belang zijnde onderwerpen inzake de Wet Flex-BV waarover sindsdien in de literatuur en dagbladen, op websites en op LinkedIn is geschreven. In deze editie van *FTV* verschijnt deel 2 van dit artikel. Deel 1 is verschenen in *FTV* 2014, nr. 3.

### 6. Blokkeringsregeling, *incorporation by reference* en *drag-along* bepaling

Een blokkeringsregeling voor de levering van aandelen is sedert 1 oktober 2012 niet meer verplicht. Daaraan kan behoefte bestaan in het geval van een concern met veel 100%-dochtervennootschappen. Voor 1 oktober 2012 was het gebruikelijk dat in de statuten van 100%-concernvennootschappen een goedkeuringsregeling werd opgenomen voor de overdracht van aandelen in plaats van de aanbiedingsregeling.<sup>37</sup> De goedkeuringsregeling hield dan in dat voor de overdracht van aandelen de goedkeuring is vereist van de algemene vergadering (lees: moedervernootschap). Omdat na 1 oktober 2012 een blokkeringsregeling voor de overdracht van aandelen facultatief is, kan voor de overdracht van 100%-dochteraandelen ook de formaliteit van de goedkeuring van de algemene vergadering achterwege blijven. Daarvoor moet dan wel in de statuten expliciet worden vermeld dat voor de overdracht van aandelen geen blokkeringsregeling geldt of geen beperkingen gelden. Bepalen de statuten namelijk niets omtrent de blokkering van de overdracht van aandelen, dan geldt de wettelijke aanbiedingsregeling op grond van lid 1 van art. 2:195 BW. Van de voor 1 oktober 2012 verplichte prijsvaststelling van de over te dragen aandelen door één of meer onafhankelijke deskundigen, kan nu in de statuten worden afgeweken. De statuten kunnen voorzien in een daarvan afwijkende prijsbepalingsregeling en prijsbetalingsregeling (bijvoorbeeld een betaling in termijnen) (art. 2:195 lid 4 BW).<sup>38</sup> Het opnemen van

een prijsbepalingsregeling in de statuten behoeft de instemming van alle aandeelhouders (laatste zin van art. 2:195 lid 4 BW). Die prijs mag niet kennelijk onredelijk zijn.<sup>39</sup>

In de statuten kan echter niet naar een prijsbepalingsregeling in een aandeelhoudersovereenkomst worden verwezen. Dit staat volgens de minister het verbod op *incorporation by reference* in de weg, omdat het zou neerkomen op het toekennen van vennootschapsrechtelijke werking aan een inhoudelijke regeling die niet in de statuten is opgenomen. Toekomstige aandeelhouders kunnen dus niet automatisch worden gebonden aan een contractuele prijsbepalingsregeling waarnaar in de statuten wordt verwezen.<sup>40</sup>

De wetgever noemt wel de volgende mogelijkheden van *incorporation by reference*:

- het opnemen als kwaliteitseis in de zin van art. 2:192 lid 1 letter b BW dat aandeelhouders slechts kunnen zijn zij die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst;<sup>41</sup>
- het opnemen als verplichting om de aandelen aan te bieden in de zin van art. 2:192 lid 1 letter c BW bij niet-naleving van de aandeelhoudersovereenkomst.<sup>42</sup>

Op de vraag van Kamerleden naar de mogelijkheid om in de statuten een *drag-along* regeling<sup>43</sup> op te nemen, antwoordt de minister dat deze niet voldoet aan de eis dat de statutaire verplichting tot aanbieding en

37 Een aanbiedingsregeling werd (en wordt) in de praktijk opgenomen indien een bv een natuurlijk persoon heeft als 100% aandeelhouder of indien een bv meerdere aandeelhouders heeft.

38 Mr. E.G. Vorst, "Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist", *WPNR* 2013 (6979), p. 453 en mr. Chr.M. Stokkermans en mr. G.J.C. Rensen, "Invoering flex-BV; een nieuw statutair speelveld", *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2012, 12, p. 71.

39 Mr. P.P. de Vries, "Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht", *Ondernemingsrecht* 2012/19.

40 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 2.

41 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 1. Zie hierover mr. E.G. Vorst, t.a.p. (noot 38), p. 451.

42 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 1-2.

43 Het recht voor de meerderheidsaandeelhouder om bij een hem welgevallig overnamebod van een derde de minderheidsaandeelhouder te verplichten zijn aandelen aan de betrokken derde mee te verkopen. Dat recht dient het belang van de meerderheidsaandeelhouder: een derde zal in de regel bereid zijn meer te betalen indien hij alle aandelen in de vennootschap kan verkrijgen.

overdracht als bedoeld in art. 2:192 lid 1 letter c BW redelijk moet zijn. In de discussie in de literatuur over het al dan niet toestaan van een statutaire *drag-along*-bepaling draait het volgens die schrijvers om de vraag of deze regeling wel of niet voldoet aan het objectiviteitsvereiste. Dat wil zeggen dat volgens de wetgever de grondslag voor de overdrachtsverplichting objectief bepaalbaar moet zijn. Genoemde schrijvers vinden dat de *drag-along*regeling aan het objectiviteitsvereiste voldoet.<sup>44</sup> Maar dat is niet de reden waarom de minister deze statutaire regeling niet toestaat. Ik citeer:

*“Uit de wetsgeschiedenis van de bestaande regeling in artikel 195a kan worden afgeleid dat een verplichting voor een aandeelhouder om bij besluit van een vennootschapsorgaan zijn aandelen aan te bieden en over te dragen, geen redelijke verplichting is (Kamerstukken II, 1998-1999, 26 277, nr. 3, blz. 8). Een statutaire ‘drag-along’-regeling waarin is bepaald dat een vennootschapsorgaan, of één of meer aandeelhouders, in het concrete geval de voorwaarden kunnen bepalen voor het ontstaan van de verplichting tot aanbidding en overdracht van aandelen aan een derde, voldoet dus niet aan de vereisten van artikel 195a (thans artikel 2:192 BW (toevoeging WB)).”<sup>45</sup>*

De schrijvers die menen dat een statutaire *drag-along*-regeling mogelijk zou moeten zijn, zoeken hun toevlucht in een aanvullende contractuele regeling (een aandeelhoudersovereenkomst) en adviseren om daarin dezelfde regeling op te nemen voor het geval de rechter de statutaire *drag-along*regeling ongeldig verklaart.<sup>46</sup> Mijns inziens zal de rechter dat zeker doen, gezien de door de minister genoemde reden. Mijn advies: ik zou het daar niet op aan laten komen en volstaan met een contractuele regeling.

## 7. Het opnemen van stemrechtloze aandelen in statuten en conversie van aandelen

Sedert 1 oktober 2012 kan een bv stemrechtloze aandelen hebben.<sup>47</sup> De invoering van stemrechtloze aandelen is door de wetgever voorgesteld om te voorzien in een behoefte die vooral zal bestaan in het kader van werknemersparticipatie, bij externe kredietverschaffers (zoals banken) en bij familieopvolging in familievennootschappen, of wanneer men een kapitaalinjectie (door middel van het uitgeven van aandelen) wenselijk acht zonder de stemverhouding te willen wijzigen. Het gaat deze aandeelhouders uitsluitend om de financiële aspecten van het aandeelhouderschap.<sup>48</sup> In de praktijk zullen stemrechtloze aandelen vooral dienst doen bij joint ventures en bij bedrijfsopvolging.<sup>49</sup> Hetzelfde zal gelden voor kapitaal deelnemingen door private equity en andere financiers. Vanwege de aan de stemrechtloze aandelen verbonden vergader- en instemmingsrechten zijn deze minder geschikt voor werknemersparticipaties. Bovendien vormen stemrechtloze aandelen voor de aanmerkelijkbelangheffing een afzonderlijke soort. Juist bij werknemersparticipaties zal dat betekenen dat de werknemer die ten minste 5% houdt van het in de vorm van stemrechtloze aandelen geplaatste kapitaal daarvoor in box 2 worden belast en niet via de vermogensrendementsheffing van box 3. Daarom zal in de praktijk voor werknemersparticipaties eerder en vaker worden gekozen voor de certificering van aandelen.<sup>50</sup>

Volgens lid 5 van art. 2:228 BW kan een statutaire regeling waarbij wordt bepaald dat aan aandelen geen stemrecht is gebonden, slechts worden getroffen ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan (...) voor de uitgifte *in de statuten* is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden.<sup>51</sup>

In het KNB-model voor de akte van oprichting mede inhoudende statuten voor een Flex-BV (Model Flex-BVBFLEXBV01, versie 17 mei 2013) bepaalt art. 3 lid 1 (keuze 2):

44 Mr. Chr.M. Stokkermans en mr. G.J.C. Rensen, t.a.p. (noot 38), p. 71, mr. E.G. Vorst, t.a.p. (noot 38), p. 455, de in noot 50 van zijn artikel genoemde literatuur en p. 456-457.

45 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 13. Zie hierover instemmend mr. J.D.M. Schoonbrood, “De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986”, in mr. W. Bosse e.a., *Statuten zonder bezwaar*, pre-advies KNB, Koninklijke Vermande 2002, p. 77. Een ander voorbeeld van een onredelijke statutaire bepaling die in de literatuur wordt genoemd, is de bepaling waarbij aandeelhouders verplicht zijn aandelen aan te bieden indien door een derde een (openbaar) bod op de aandelen wordt uitgebracht (mr. G.J.C. Rensen, “Statutaire aanbiddings- en overnameverplichtingen van aandeelhouders”, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 487) en de omgekeerde situatie, te weten de overnameverplichting bij een openbaar bod (prof. mr. M. van Olffen, *Beschermingsregelingen in de 21e eeuw*, Rede KUN (Nijmegen) van 11 februari 2000, Deventer: Kluwer 2000).

46 Mr. Chr.M. Stokkermans en mr. G.J.C. Rensen, t.a.p. (noot 38), p. 71, mr. E.G. Vorst, t.a.p. (noot 38), p. 457.

47 Zie hierover mr. R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 116, Deventer: Kluwer 2013.

48 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 426, nr. 7, p. 7 en 16.

49 Mr. R.A. Wolf, “Proefschrift”, *WPNR* 2013/6986, p. 678.

50 Mr. J.A.M. ten Berg, “(Af)stemming in de Flex-BV”, *Ondernemingsrecht* 2012/115, par. 6.1 en mr. R.A. Wolf, “Proefschrift”, *WPNR* 2013/6986, p. 678.

51 Dezelfde woorden zijn terug te vinden in art. 2:208 leden 2 en 3 BW met betrekking tot kapitaalvermindering: *in de statuten* moet voor de uitgifte zijn bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen worden ingetrokken met terugbetaling (lid 2) of dat ontheffing van de verplichting tot volstorting of terugbetaling kan geschieden uitsluitend op aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (lid 4).

“Het kapitaal van de vennootschap bestaat uit een of meer aandelen van @ elk.

Op deze aandelen kan in de algemene vergadering stemrecht worden uitgeoefend, tenzij bij de uitgifte van aandelen is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. De laatstbedoelde aandelen worden in deze statuten als stemrechtloos aangeduid.”

Op deze wijze wordt niet *in* de statuten, maar *krachtens* de statuten (namelijk door de algemene vergadering) bepaald of en dat er stemrechtloze aandelen zijn.<sup>52</sup> Degenen die vinden dat het ook op de manier van het KNB-model zou moeten kunnen, vinden de wettelijke bepaling op hun weg. Risico is dat de rechter een dergelijke statutaire regeling ongeldig verklaart, omdat niet aan het daarvoor geldende wettelijke vereiste is voldaan. Het gevolg daarvan is, dat de aandelen die op die manier als stemrechtloos zijn uitgegeven, niet stemrechtloos zijn, met alle gevolgen van ongeldige besluitvorming in de algemene vergadering van dien. Ook hiervoor geldt hetgeen in het slot van de vorige paragraaf is geschreven: ik zou het daar niet op aan laten komen.

Voorts moet er bij het opnemen van stemrechtloze aandelen in statuten onder andere op worden gelet dat:

- stemrechtloze aandelen van een soort of aanduiding zijn (onder andere van belang voor het aandeelhoudersregister (art. 2:194 lid 1 BW);
- moet worden bepaald dat aan stemrechtloze aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
- indien gewenst, in de statuten wordt opgenomen de mogelijkheid tot conversie van stemrechtloze aandelen in gewone aandelen en vice versa;
- houders van stemrechtloze aandelen bij uitgifte van aandelen geen voorkeursrecht hebben op uit te geven aandelen en de aandeelhouders geen voorkeursrecht hebben op uit te geven stemrechtloze aandelen, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:206a lid 2 letter c en lid 3 BW);
- houders van stemrechtloze aandelen bij overdracht van aandelen geen recht hebben om aandelen aangeboden te krijgen indien voor de overdracht van aandelen een aanbiedingsregeling geldt, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:195 lid 1 tweede zin BW).

Indien men wil afwijken van de twee laatstgenoemde wettelijke hoofdregels, dan zal dat in de statuten

52 Zie hierover ook de discussies op LinkedIn, “Flexibilisering van het Nederlandse bv-recht”, onder de titel: *Het KNB-model voor de Flex-BV, gaat dat goed bij de uitgifte van stemrechtloze aandelen?*, <http://lnkd.in/Q3tpVD> en “Stemrechtloze aandelen in nieuw model oprichting bv vanaf 1 oktober 2012”, <http://lnkd.in/bjKU9D>.

moeten worden geregeld. De in genoemde wetsartikelen opgenomen hoofdregels gelden namelijk ‘tenzij de statuten anders bepalen’.<sup>53</sup>

De ruimte ontbreekt hier om uitgebreid in te gaan op de vennootschapsrechtelijke aspecten van conversie van aandelen. Daarvoor verwijs ik naar de hierover verschenen literatuur.<sup>54</sup> De heersende mening in genoemde literatuur is dat voor conversie van aandelen een statutaire basis of statutenwijziging noodzakelijk is. Voor een statutaire basis kan worden gedacht aan een regeling in de statuten waarin is bepaald dat een daartoe aangewezen vennootschapsorgaan tot conversie kan besluiten. In statuten die voorzien in gewone en stemrechtloze aandelen zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat op verzoek van de houder van stemrechtloze aandelen de algemene vergadering kan besluiten tot omzetting van deze aandelen in gewone aandelen en vice versa. Een dergelijk besluit kan dan worden genomen zonder instemming van alle aandeelhouders, althans die aandeelhouders aan wier (oorspronkelijke) rechten afbreuk worden gedaan.<sup>55</sup> Daarbij moet wel worden bedacht dat bij conversie van gewone aandelen in stemrechtloze aandelen de instemming van art. 2:228 lid 5 BW nodig is. Die instemming kan blijken uit de eerdere instemming met de statuten(wijziging) waarin de regeling is opgenomen.

In genoemde literatuur wordt vermeld dat conversie krachtens besluit van een vennootschapsorgaan slechts mogelijk is, indien de statuten daarin voorzien.<sup>56</sup> Door Zaman en Van Veen wordt daar anders over gedacht.<sup>57</sup> Met Portengen en Groot zou ik het standpunt willen innemen dat er geen bezwaar tegen conversie zonder

53 Zie nader over het voorkeursrecht van de houder van stemrechtloze aandelen mr. R.A. Wolf, t.a.p. (noot 47), par. 6.2.3.5, en de aanbiedingsregeling, par. 6.2.3.10 en 6.2.3.12.

54 Mr. R.W.Th. Norbruis, “Conversie van aandelen in andersoortige aandelen”, in: F.J.P. van den Ingh e.a., *Converteerbare obligaties en aandelen*, Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 43, p. 145-157, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, “Conversie van aandelen”, *De Naamloze Vennootschap* 1991, p. 7-10, prof. mr. M. van Olfen, “Conversie van aandelen”, *WPNR* (1997) 6253, p. 49-52, mr. H.J. Portengen en mr. K.E. Groot, “Conversie van aandelen”, *Ondernemingsrecht* 2004-6, p. 200-207, W.J.M. van Veen, “Bedrijfsopvolging bij kapitaalvennootschappen”, in: mw. M.J. Hoogeveen e.a., *Bedrijfsopvolging: civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 317-321, *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa* 2013/267 en *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk, Deventer: Kluwer 2013, nr. 186.1.

55 Prof. mr. M. van Olfen, “Conversie van aandelen”, *WPNR* (1997) 6253, p. 50, die voor dezelfde mening verwijst naar Norbruis, *Converteerbare obligaties en aandelen*, Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 43, p. 151 en 152.

56 Prof. mr. M. van Olfen, t.a.p. (noot 55), p. 50, noot 10, die voor dezelfde mening verwijst naar mr. R.W.Th. Norbruis, “Conversie van aandelen in andersoortige aandelen”, in: F.J.P. van den Ingh e.a., *Converteerbare obligaties en aandelen*, Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 43, p. 151 en 152.

57 Prof. mr. D.F.M.M. Zaman, t.a.p. (noot 54), p. 9 en prof. mr. W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 54), p. 317 e.v.

statutaire basis is, indien deze plaatsvindt met instemming van de houder van de te converteren aandelen en alle andere aandeelhouders wier rechten door de conversie wijzigen (de facto in veel gevallen alle aandeelhouders).<sup>58</sup>

Aandachtspunt in beide gevallen (conversie met en conversie zonder statutaire basis) is ook dat de belangen van de vruchtgebruiker en pandhouder op aandelen daarbij in acht moeten worden genomen. Conversie tast een vruchtgebruik of pandrecht op het te converteren aandeel niet aan, aangezien het aandeel niet tenietgaat, doch slechts van inhoud wijzigt. Dortmund meent dat voor een conversie van bijvoorbeeld vijf oude aandelen in één nieuw aandeel, waar twee van de oude aandelen zijn verpand, de instemming van de beperkt gerechtigde is vereist.<sup>59</sup> Portengen en Groot vinden dat voor een goederenrechtelijk effect van de toestemming van de pandhouder geen plaats is. Zij vinden dat een aandeelhouder niet mag meewerken zonder die toestemming (of niet-meewerken de conversie tegenhoudt, hangt dan af van de statuten).<sup>60</sup> De vruchtgebruiker of pandhouder van het te converteren aandeel, die niet heeft ingestemd met de conversie van dat aandeel, zal kunnen proberen het conversiebesluit te laten vernietigen op grond van art. 2:15 lid 1 letter b BW wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW. Daarvan zal eerder sprake zijn indien het betreft een conversie van een verpand gewoon aandeel in een stemrechtloos aandeel dan andersom, zeker indien aan de vruchtgebruiker of pandhouder, al dan niet onder opschortende voorwaarde, het stemrecht is toegekend (art. 2:197/198 lid 3 BW).<sup>61</sup> Een factor daarbij zal ook spelen of in de statuten de mogelijkheid tot conversie is vermeld, zodat de vruchtgebruiker en de pandhouder daarmee bekend (hadden kunnen) zijn. Ter bescherming van de vruchtgebruiker of pandhouder van die aandelen zou in de statuten of in de akte houdende vestiging vruchtgebruik op of verpanding van aandelen, een regeling kunnen of moeten worden opgenomen met betrekking tot conversie van aandelen waarop vruchtgebruik of pandrecht is of zal worden gevestigd. Ook deze regeling zal een rol spelen bij de vraag of de vruchtgebruiker of pandhouder het conversiebesluit kan vernietigen als hiervoor bedoeld. Aan het opnemen van een dergelijke regeling voor de vruchtgebruiker of pandhouder zou moeten worden gedacht indien bv-statuten voorzien in verschillende soorten aandelen of in aandelen met een bepaalde

58 Mr. H.J. Portengen en mr. K.E. Groot, t.a.p. (noot 54), p. 203.

59 Prof. mr. P.J. Dortmund, "Eurosie van aandelen", *Ondernemingsrecht* 1999, p. 344 e.v.

60 Mr. H.J. Portengen en mr. K.E. Groot, t.a.p. (noot 54), p. 206.

61 Zie hierover o.a. mr. J.C. van Dijk, "Aandachtspunten bij de flexibelere regeling voor pandrecht op aandelen onder de nieuwe BV-wetgeving", *Bb* 2013/76, par. 5 en 6.

aanduiding waaraan in de statuten andere rechten worden toegekend dan aan aandelen zonder aanduiding, ongeacht of in die statuten is voorzien in de mogelijkheid van conversie van aandelen.

## 8. Automatische of vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening

Indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, geldt de ondertekening door de bestuurders tevens als vaststelling door de algemene vergadering in de zin van art. 2:210 lid 3 BW, mits de andere vergadergerechtigden instemmen met de wijze van vaststelling (art. 2:210 lid 5 BW). De in art. 2:210 lid 5 BW geregelde vaststelling van de jaarrekening strekt tevens tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Dit wordt de automatische of vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening genoemd. Deze regeling heeft directe werking en geldt ook als deze niet in de statuten van bv's is opgenomen. Indien ervan wordt uitgegaan dat opmaken van de jaarrekening in de zin van lid 1 van art. 2:210 BW betekent ondertekenen van de jaarrekening (lid 2 van art. 2:210 BW), dan leidt de nieuwe vaststellingsregeling in lid 5 tot allerlei complicaties. Onder andere kan zij dwingen tot eerdere openbaarmaking van de jaarrekening.<sup>62</sup>

Op grond van art. 2:210 lid 1 BW moet de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar worden opgemaakt, tenzij de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden deze termijn met zes maanden verlengt. Art. 2:394 lid 2 BW bepaalt dat de opgemaakte jaarrekening openbaar moet worden gemaakt, indien de algemene vergadering de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de vorenbedoelde termijnen is vastgesteld. Dit betekent dat de openbaarmaking uiterlijk binnen dertien maanden na afloop van het boekjaar moet plaatsvinden. Bij een automatische vaststelling wordt deze uiterste termijn verkort. Het opmaken van de jaarrekening door het bestuur moet uiterlijk binnen elf maanden na afloop van het boekjaar plaatsvinden. Indien opmaken betekent ondertekenen, dan leidt opmaken meteen tot de vaststelling van de jaarreke-

62 Art. 2:210 lid 1 en lid 4 jo. art. 2:394 lid 1 BW. Zie hierover K. Schwarz en T. Verkade, "Flex-BV dwingt tot eerder publicatie jaarrekening", *Accountancynieuws* 2012, nr. 20, p. 14 en 15 ([www.accountancynieuws.nl/actueel/vaktechniek/flex-bv-dwingt-tot-eerdere-publicatie-jaarrekening.116517.lynkx](http://www.accountancynieuws.nl/actueel/vaktechniek/flex-bv-dwingt-tot-eerdere-publicatie-jaarrekening.116517.lynkx)), mr. G.C. van Eck, "Complicatie bij de 'vereenvoudigde' vaststelling van de jaarrekening (ex art. 2:210 lid 5 BW)", *V&O* 2012, nr. 12, p. 223, mr. P. van der Zanden en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA, "Financieel-economische aspecten van de flex-BV", *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012-6, p. 196, noot 45 en prof. mr. C.A. Schwarz, "De invoering van het nieuwe BV-recht en de noodzaak tot studie en aanpassing van de statuten", *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012-6, p. 217-218.



ning. De op die wijze vastgestelde jaarrekening moet binnen acht dagen na vaststelling openbaar worden gemaakt op grond van art. 2:394 lid 1 BW. De uiterste termijn voor openbaarmaking wordt daardoor verkort tot elf maanden en acht dagen.<sup>63</sup>

Een andere complicatie van de automatische vaststelling is er indien een bv op grond van art. 2:393 lid 1 BW verplicht aan een accountant opdracht moet verlenen tot onderzoek van haar jaarrekening. Op grond van art. 2:393 lid 7 BW kan de jaarrekening niet worden vastgesteld indien het daartoe bevoegde orgaan (lees: algemene vergadering) geen kennis heeft kunnen nemen van de verklaring van de accountant. Indien art. 2:210 lid 5 BW van toepassing is op de betreffende bv, wordt de jaarrekening door de enkele ondertekening door de bestuurders (en commissarissen) van rechtswege vastgesteld zonder dat de algemene vergadering kennis heeft kunnen nemen van de verklaring van de accountant.<sup>64</sup>

Deze complicaties worden opgelost indien men, naar mijn mening op goede gronden, van mening is dat juridisch een onderscheid kan worden gemaakt tussen het opmaken van de jaarrekening en het ondertekenen van de jaarrekening. Zie hiervoor het artikel van mr. B. Verkerk.<sup>65</sup> Hij stelt dat uit het feit dat op grond van lid 5 van art. 2:210 BW andere vergadergerechtigden dan aandeelhouders kennis moeten nemen van en moeten instemmen met de opgemaakte jaarrekening, moet worden afgeleid dat de opgemaakte jaarrekening blijkbaar nog niet de ondertekende jaarrekening betreft. Een ondertekende jaarrekening is in het systeem van art. 2:210 lid 5 BW immers ook een vastgestelde jaarrekening, wat zou betekenen dat eventuele overige vergadergerechtigden op de besluitvorming geen invloed meer kunnen uitoefenen. Dat is in strijd met de strekking van het spreekrecht zoals dat in art. 2:210 lid 5 BW tot uitdrukking komt. Een ander in de wettekst gelegen argument voor het kunnen (en moeten) maken van een onderscheid tussen het opmaken en het ondertekenen van de jaarrekening is, dat in lid 1 van art. 2:210 BW is geregeld het opmaken van de jaarrekening en de termijnen die daarvoor gelden en dat in een ander lid, lid 2, is geregeld het ondertekenen van de jaarrekening. Voor het ondertekenen van de jaarrekening worden in de wet geen termijnen genoemd.

Aan de accountant, indien verplicht (zie hiervoor), zou dan niet een ondertekende, maar een conceptjaarrekening moeten worden voorgelegd waarop hij zijn verklaring afgeeft. Daarna wordt die dan ondertekend en, automatisch, vastgesteld. Met betrekking tot de

publicatietermijn zoals hiervoor beschreven, stelt hij voor om niet de ondertekende, maar de conceptjaarrekening uiterlijk elf maanden na afloop van het boekjaar gereed te hebben en die pas kort voor het verlopen van de dertienmaandentermijn te tekenen. Wat er ook zij van deze discussie, aandeelhouders/bestuurders van een aandeelhouder-bestuurde bv die geen enkel risico willen lopen, zullen de statuten moeten aanpassen en gebruik moeten maken van de mogelijkheid die wordt gegeven in lid 5 van art. 2:210 BW om de automatische vaststelling van de jaarrekening in de statuten uit te sluiten.

Dat zal niet meer nodig zijn indien in werking treedt het op 11 oktober 2013 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013.<sup>66</sup> Dit is een zogenoemde 'Veegwet' waarin wetstechnische gebreken en leemten of andere inhoudelijke wijzigingen in diverse wetsbepalingen, in dit geval op het terrein van Veiligheid en Justitie worden gerepareerd. In dit wetsvoorstel wordt lid 5 van art. 2:210 BW als volgt geherformuleerd:

*“Tenzij de statuten anders bepalen, geldt de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als vaststelling (...), mits alle aandeelhouders tevens bestuurders van de vennootschap zijn (...).”*

Met het wetsvoorstel wil de minister ondervangen dat bv's waarvan alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, hun statuten moeten wijzigen om de nieuwe regeling van art. 2:210 lid 5 BW uit te sluiten. Na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal een statutenwijziging niet meer noodzakelijk zijn om de afzonderlijke vaststelling van de jaarrekening te kunnen handhaven. Dit wordt in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel als volgt aangegeven:

*“BV's waarvan de statuten in het kader van de vaststelling van de jaarrekening uitgaan van een algemene vergadering, kunnen dit zo houden indien zij dat wensen. Daarmee wijken zij dan af van de hoofdregel.”*

Het ware beter om in de wet uit te gaan van de hoofdregel dat de algemene vergadering de jaarrekening vaststelt en dat als optie in de statuten de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening kan worden opgenomen.<sup>67</sup>

Deze Veegwet is te laat voor dga's die eind november

63 Mr. G.C. van Eck, t.a.p. (noot 62), p. 223.

64 Mr. G.C. van Eck, t.a.p. (noot 62), p. 223. Zie ook de overige in noot 62 genoemde literatuur.

65 Mr. B. Verkerk, "Verwarring over de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening", *Update*, nr. 1, maart 2013, p. 41.

66 Wetsvoorstel 33 771, Herstel van wetstechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het ministerie van Veiligheid en Justitie (Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013).

67 In deze zin A. Dieleman RA, "Vereenvoudigde vaststelling jaarrekening wordt nog gecompliceerder", *Accountancynews* 22 november 2013, nr. 20, p. 19.

2013 de opgemaakte jaarrekening hebben ondertekend. Die hadden uiterlijk op 8 december 2013 hun jaarrekening moeten publiceren. Ik kan mij zo voorstellen dat wegens onbekendheid met deze wettelijke regeling bij dga's en hun adviseurs, er een massaal verzuim zal zijn van de publicatieverplichting, met alle gevolgen van mogelijke aansprakelijkheid van dien (art. 2:248 lid 2 BW). Daarom zou de wetgever aan de werking van het te wijzigen art. 2:210 lid 5 BW terugwerkende kracht moeten verlenen tot 1 oktober 2012. Of de wetgever zou zich moeten conformeren aan de mening van Beckman en Valk, dat als in de statuten de gebruikelijke procedure van lid 3 wordt opgenomen, hierin een statutaire uitsluiting van lid 5 moet worden gelezen, aangezien lid 3 zonder opmerking in de statuten ook zou gelden als aan de voorwaarden van lid 5 niet is voldaan.<sup>68</sup> Dan is de in de Veegwet voorgestelde wijziging van art. 2:210 lid 5 BW overbodig.

#### 9. Overgangsrecht en oude bv-statuten en art. 2:207c (oud) BW

Op grond van art. 71 Overgangswet NBW dat van toepassing is op de Wet Flex-BV<sup>69</sup> moeten verwijzingen naar wetsbepalingen in bestaande statuten in beginsel worden beschouwd als verwijzingen naar de wetsartikelen in de nieuwe wet. Het artikel luidt:

*“Een beding dat naar een vóór het in werking treden van de wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud van zo'n artikel weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding.”*

Gesteld wordt dat verwijzingen in statuten naar kapitaalbeschermingsbepalingen of statutaire bepalingen waarin de zakelijke inhoud van die bepalingen is vermeld, opgenomen zijn om de gebruikers van de statuten een handvat te geven ('de statuten als spoorboekje'). Het zal meestal niet de bedoeling zijn geweest om iets anders te regelen dan de wet voorschrijft. Na invoering van de nieuwe wet hebben de statutaire bepalingen inzake de oude kapitaalbescherming dan ook geen zelfstandige betekenis meer. De oude

kapitaalbeschermingswetgeving voor de bv komt immers te vervallen.<sup>70</sup>

Als voorbeeld van een statutaire clausule die geacht kan worden te zijn vervallen is het verbod van financiële steunverlening als bedoeld in art. 2:207c (oud) BW. Volgens Schoonbrood is het niet zonder meer duidelijk dat deze bepaling na het vervallen van het wetsartikel geen zelfstandige betekenis heeft.<sup>71</sup> Ook zou deze bepaling als een strekkingsclausule kunnen worden gezien. Daarvan is volgens Blanco Fernández sprake indien de auteurs van de clausule de wettelijke regel juist als eigenstandige statutaire regel hebben willen laten gelden.<sup>72</sup>

Om beide genoemde redenen is het aan te raden om de bepaling uit de statuten te verwijderen voordat de transactie tot steunverlening wordt aangegaan. Ook een reden om de financiële steunverlening uit oude statuten te verwijderen is te voorkomen dat de eventueel onder het oude art. 2:207c BW gevormde wettelijke reserve financiële steunverlening door de hiervoor genoemde overgangsregeling zal worden aangemerkt als een statutaire reserve. Dan geldt voor zo'n bv dat voor het doen van een uitkering aan haar aandeelhouders, naast een uitkeringstest, ook een balanstest is vereist. Een balanstest is namelijk vereist als er sprake is van wettelijke en/of statutaire reserves en deze de uitkeringsmogelijkheden beperken, omdat het eigen vermogen door de uitkering niet lager mag worden dan de omvang van de wettelijke en statutaire reserves (art. 2:210 lid 1 BW). Uitkeringen uit de bv in strijd met statutaire reserves leveren immers een nietige rechtshandeling op (voor zover het eigen vermogen daalt beneden het niveau van de wettelijke en/of statutaire reserves) (zie noot 19).<sup>73</sup> Nog een reden kan worden genoemd om de aan art. 2:207c (oud) BW ontleende statutaire steunbepaling uit de statuten te verwijderen. Die reden kan worden ontleend aan art. 81 lid 1 Overgangswet NBW, welk artikel eveneens in Hoofdstuk V.1 van de Invoeringswet (zie noot 69) van toepassing is verklaard op de Wet Flex-BV. Daarin wordt geregeld dat rechtshandelingen die onder de oude wet nietig zijn, vanaf de invoering van de Wet Flex-BV onaantastbaar zijn (met terugwerkende kracht) als is voldaan aan de vereisten die de Wet Flex-BV aan die rechtshandelingen stelt. Een belanghebbende mag in de tussentijd niet een

68 Prof. mr. H. Beckman en mw. mr. drs. N.K. Valk, *SDU Commentaar Onderneming en recht*, in hun Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 2 art. 210.

69 Dit artikel wordt van toepassing verklaard in Hoofdstuk V.1 van de Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 300 ('Invoeringswet').

70 Mr. J.D.M. Schoonbrood, "Overgangsrecht Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht", *WPNR* 2012/6933, p. 426, die aldaar in noot 10 verwijst naar dezelfde mening van Stokkermans en Rensen, t.a.p. (noot 38), p. 69. In dezelfde zin mr. J.M. Blanco Fernández, "Standaard clausules bij statuten van BV's: aard en overgangsrecht", *WPNR* 2013/6962, p. 112.

71 Mr. J.D.M. Schoonbrood, t.a.p. (noot 70), p. 426.

72 Mr. J.M. Blanco Fernández, t.a.p. (noot 70), p. 110.

73 Zie hierover A. Dieleman RA, "Wettelijke reserve financiële steunverlening na flex-bv", *Accountant* december 2013, p. 42 en 43.

beroep hebben gedaan op de nietigheid vanwege het gebrek. Indien een rechtshandeling onder het oude recht in strijd met het steunverbod is verricht, is deze nietig.<sup>74</sup> De nieuwe wet kent het steunverbod niet meer en volgens Schoonbrood kent de Wet Flex-BV ook niet de optie dat de statuten anders kunnen bepalen. Immers, als de statuten na de inwerkintreding van het nieuwe bv-recht nog wel de nietigheidsgrond handhaven die onder het oude recht gold, omdat de wet die optie biedt, dan blijft de nietigheid in stand.<sup>75</sup> Daardoor zou volgens Schoonbrood de oude rechtshandeling onder de nieuwe wet geldig en onaantastbaar worden. Ik zie niet dat de Wet Flex-BV de optie niet zou kennen dat de statuten anders kunnen bepalen; in statuten kan bewust het verbod op financiële steunverlening als bedoeld in art. 2:207c (oud) BW in de statuten gehandhaafd blijven of alsnog worden opgenomen. Ook daarom is het van belang dat de steunbepaling uit de statuten wordt verwijderd, om er zeker van te zijn dat de onder het oude recht in strijd met het steunverbod verrichte rechtshandelingen onder huidig recht als geldig worden beschouwd. Ook na verwijdering uit de statuten blijft het steunverbod onder het huidige recht gelden. Volgens de wetgever wordt voor sanctionering teruggevallen op algemene regels voor bestuurshandelen (behoorlijke taakvervulling door het bestuur) en bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW):

*“Bij het verlenen van financiële steun is het in de voorgestelde regeling aan het bestuur om te beoordelen of die handelingen in het belang zijn van de vennootschap en wat de gevolgen zijn voor de financiële positie voor de vennootschap. Evenzeer als bij andere transacties die door het bestuur namens de vennootschap worden aangegaan, geldt hierbij de sanctie van aansprakelijkheid indien niet de vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Dit betekent onder andere dat steuntransacties niet mogen worden aangegaan tegen voorwaarden die niet aan gebruikelijke marktvoorwaarden zijn onderworpen of zeer ongunstig uitwerken voor de vennootschap.”<sup>76</sup>*

Ook onder het nieuwe bv-recht blijft het noodzakelijk voor een adviserend advocaat of notaris om zich de vraag te stellen of een overeenkomst die wordt gesloten in het kader van een aandelentransactie, kan worden gekwalificeerd als een steunhandeling. Mocht dit zo zijn, dan zal hij onder omstandigheden, wil hij geen beroepsfout maken, het bestuur van de bv hierop moeten wijzen en moeten adviseren over de voorwaarden waaronder de overeenkomst tot stand moet

komen. Dit om te voorkomen dat een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld, die vervolgens verhaal komt halen op zijn adviseur.

Een voorbeeld van dit laatste is de zaak die behandeld is door Rechtbank Utrecht op 7 september 2011.<sup>77</sup> Een advocaat adviseerde een verkopende partij bij een aandelentransactie. De verkoper was met de koper een initiële koopprijs overeengekomen van € 4 miljoen. Omdat koper maar voor € 3 miljoen financiering kon krijgen, is de koopsom gesplitst in twee componenten. € 3 miljoen zou bij levering van de aandelen worden betaald en het resterende miljoen zou gedurende tien jaar in maandelijkse termijnen worden betaald. Deze uitgestelde betalingsverplichting werd door partijen gegoten in de vorm van een managementovereenkomst tussen de verkoper en de te verkopen vennootschap. De managementovereenkomst is opgesteld door de advocaat.

De rechtbank stelde vast dat de managementovereenkomst – in ieder geval wat de betalingsverplichting betreft – met het oog op het betalen van een deel van de koopsom was gesloten, waardoor de verplichting tot het betalen van een deel van de koopsom op de vennootschap kwam te rusten en om die reden een verboden steunhandeling betrof als bedoeld in het toen nog geldende art. 2:207c BW. De rechtbank kwam tot dit oordeel onder meer op grond van het feit dat de managementovereenkomst niet tussentijds kon worden opgezegd, de vergoeding niet afhankelijk was van de daadwerkelijke inzet van de opdrachtnemer en een e-mail van de advocaat waarin zij aangaf dat de managementconstructie puur en alleen in het leven is geroepen teneinde de aankoop van de onderneming mogelijk te maken.

Nu de advocaat, zonder enige waarschuwing aan haar cliënt voor het risico dat de managementovereenkomst een verboden steunhandeling was dan wel als zodanig zou kunnen worden gekwalificeerd, de managementovereenkomst heeft opgesteld en laten ondertekenen, is zij aldus de rechtbank tekortgeschoten in de zorgvuldigheid die van haar in dit geval mocht worden verwacht. Wegens deze beroepsfout werd zij tot betaling van schadevergoeding veroordeeld. Hier ligt dus ook voor u een taak indien u beroepshalve betrokken bent bij aandelentransacties.

#### **Mr. W. Bosse**

*Notaris te Amsterdam en secretaris van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschappen*

74 In deze zin mr. J.D.M. Schoonbrood, t.a.p. (noot 70), p. 429 en de in noot 17 van zijn artikel genoemde literatuur.

75 Aldus de minister in *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, p. 18.

76 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, p. 66.

77 *JOR* 2012/137 m.nt. mr. H.J.M.M. van Boxel, hierover Peter-Jan Hopmans, “Een verboden steunhandeling”, geplaatst op de website van Dirkzwager Ondernemingsrecht, op 21 mei 2012.