***Invloed van de Flex-BV wetgeving op bedrijfsopvolging.***

Zoals bekend is er vanaf 1 oktober 2012 een wezenlijke wijziging in de BV-wetgeving doorgevoerd. In deze bijdrage wil ik stilstaan wat de toegevoegde waarde van de nieuwe Flex-BV-wetgeving zou kunnen zijn op de wijze van bedrijfsopvolging.

Afhankelijk van de bedrijfsstructuur van de verkoper zijn er verschillende methoden om te komen tot bedrijfsopvolging. De bedrijfsopvolging kan verder plaatsvinden bij leven en bij overlijden.

Bij bedrijfsopvolging bij leven in geval van een kapitaalvennootschap (BV of NV) is er vanuit de overdragende partij vaak een wens om toch nog enige grip te kunnen houden op de over te dragen onderneming. Men wil de zeggenschap niet direct volledig overdragen.

Een vóór de intrede van de Flex-BV wetgeving gebruikte oplossing was het certificeren van aandelen. Middels de oprichting van een Stichting Administratiekantoor (Stak) worden de aandelen in een BV overgedragen tegen uitreiking van certificaten. We maken zo een splitsing tussen de juridische zeggenschap (het stemrecht) en het economisch voordeel (het dividend). De voorwaarden waaronder de stichting de aandelen houdt en beheert/administreert worden uitgewerkt in de zogenaamde "Administratievoorwaarden".

Het bijzondere van de Stak komt tot uiting in het bestuur van de stichting. De overdragende partij vormt veelal het bestuur van de stichting en gaat alszodanig in de algemene vergadering het stemrecht op de aandelen van de BV uitoefenen. Op deze wijze controleert het bestuur van de stichting het beleid van het bestuur van de BV wiens aandelenkapitaal is overgedragen.

Naast een middel om te gebruiken bij de bedrijfsopvolging, wordt het certificeren van aandelen ook wel ingezet bij werknemersparticipatie, waarbij de werkgever de werknemer wel financieel wil bevoordelen, maar niet de zeggenschap uit handen wil geven. In het kader van financiering van de onderneming wordt de certificering ook nog wel eens ingezet.

Onder het Oud-Burgerlijk wetboek konden de certificaten met en zonder medewerking van de vennootschap worden uitgegeven. Het juridisch belang wordt gevonden in het al dan niet toekennen van vergaderrechten aan de certificaathouder. Met vergaderrechten kan de certificaathouder de algemene vergadering bijwonen, aldaar het woord voeren en dienen de certificaathouders instemming te geven aan het intrekken van aandelen.

Sinds de introductie van de Flex-BV kennen we juridisch inmiddels de mogelijkheid om bijzondere aandelen te creëeren. We hebben het dan over winstrechtloze en stemrechtloze aandelen. De laatste vorm benaderd heel dicht de constructie die we middels certificering ook tot stand kunnen brengen.

Ondanks dat stemrechtloze aandelen dus geen stemrecht opleveren in de algemene vergadering, zijn deze aandelen niet helemaal zonder enige invloed qua zeggenschap. De stemrechtloze aandelen hebben nog wel instemmingsrecht bij het intrekken van aandelen, bij besluitvorming buiten vergadering, juridische fusie en splitsing van een BV. Daarnaast hebben stemrechtloze aandelen altijd vergaderrechten.

De keuze tussen certificeren van aandelen of het uitgeven van stemrechtloze aandelen kan worden gebaseerd op de volgende argumenten.

De aandeelhouders van stemrechtloze aandelen hebben zoals gezegd vergaderrechten en dienen dus altijd uitgenodigd te worden voor een algemene vergadering. Verder dienen de aandeelhouders toestemming te geven voor besluitvorming buiten vergadering. Daarnaast kunnen de aandeelhouders hun instemming onthouden indien er sprake is van bijzondere besluitvorming rondom hun aandelen (denk aan intrekking van deze aandelen, dan wel het wijzigen van winstverdeling over deze aandelen). Vanuit fiscaal oogpunt kwalificeren deze aandelen als een zogenaamde "soortaandeel". Dit leidt tot een fiscale kwalificatie dat de gehouden aandelen in Box 2 worden belast (25% dividendbelasting over ontvangen dividenden en 25% aanmerkelijk belang heffing bij de verkoop van deze aandelen, indien en voorzover de aandelen een hogere waarde vertegenwoordigen dan de oorspronkelijke verkrijgingsprijs van de aandelen). Voor de goede orde: certificaten van aandelen vormen geen "soortaandeel" en zullen dus bij een klein belang (minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal) in Box 3 worden belast.

Indien bovenstaande gevolgen als niet gewenst worden beschouwd, is de keuze voor het certificeren van de aandelen te prefereren. Nadeel van certificeren is evenwel dat er een behoorlijke structuur moet worden opgezet en instand worden gehouden (oprichting Stichting, jaarlijks een jaarrekening opmaken en deponeren, de kosten van de Kamer van Koophandel, het opmaken van de Administratievoorwaarden etc).

Ingeval er sprake is van een groter belang (meer dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal) en ingeval men een aandeelhouder alleen een recht wil geven tot een bijzonder besluit, valt de voorkeur uit voor het gebruiken van een stemrechtloos aandeel.

Mr Drs W.J.M. Strijk

Kammeraad & Strijk Notarissen