

TWEE JAAR FLEX-BV: NEGEN VERSCHILLEN TUSSEN CERTIFICERING EN FLEXIBELE AANDELEN

Certificering blijft springlevend

Toen flexibele aandelen hun intrede maakten - met de flex-bv-wetgeving in oktober 2012 - werd gevreesd dat daarmee het instrument certificering ten onder zou gaan. Niets is minder waar, blijkt twee jaar later: certificering is een meer dan volwaardige concurrent van flexibele aandelen. Welke optie kiest u als accountant voor uw klant?

TEKST: JESSICA LITJENS EN MITRA TYDEMAN-YOUSEF* | BEELD: SHUTTERSTOCK

De flex-bv-wetgeving, die op 1 oktober 2012 van kracht werd, is een vereenvoudigings- en flexibiliseringsoperatie van het bv-recht die het voor oprichters en aandeelhouders mogelijk maakt hun bv met meer vrijheid te starten en gestalte te geven. Een aspect van die vrijheid is de mogelijkheid om stem- en/of winstrechtloze aandelen te creëren, en andere variaties daarop. Dit worden 'flexibele aandelen' genoemd.

Met de komst van flexibele aandelen rees de vraag of het instrument certificering nog wel bestaansrecht zou hebben en of deze rechtsfiguur niet uiteindelijk een stille dood zou sterven. Niets is minder waar. Certificering is twee jaar na dato nog springlevend. Sterker nog: certificering blijft een veelbesproken concurrent van flexibele aandelen.

Optie

Certificering en flexibele aandelen hebben beide hun voor- en nadelen, zowel op juridisch als fiscaal gebied. Welke optie kiest u voor uw klant? Hebt u als accoun-

tant te maken met een familievennootschap die behoefte heeft aan stabiliteit van besluitvorming in de algemene vergadering? Is het dus van belang dat de continuïteit van de vennootschap en onderneming wordt bevorderd? Of is maar één van de toekomstige erfgenamen geschikt om op te treden als bedrijfsopvolger? Dan is uw klant wellicht gebaat bij certificering van aandelen. U zou evenwel ook gebruik kunnen maken van flexibele aandelen. Maar laat u - in de specifieke situatie van uw klant - goed adviseren door een (fiscaal) jurist.

In deze bijdrage beperken we ons tot negen belangrijke verschillen tussen certificering en flexibele aandelen.

1 Wettelijke regeling

• Certificering

De wet geeft noch een omschrijving, noch een wettelijk kader van het instrument certificering. Volgens de wetgever is een deugdelijk wettelijk kader niet goed mogelijk wegens de talloze variaties waarin certificering tot stand komt (Kamerstukken II 1984/85, nr. 18 905, nr. 3, bladzijde 15). Toch kent dit instrument wel degelijk grenzen. Zo liggen de grenzen bij een keuze voor de rechtsvorm stichting in het stichtingenrecht. Andere grenzen bevinden zich in het algemene verbintenissenrecht en de mogelijke strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast

'CERTIFICERING IS EEN MEER DAN VOLWAARDIGE CONCURRENT VAN FLEXIBELE AANDELEN.'



wordt de uitvoeringspraktijk beperkt door de voorwaarden die de staatssecretaris van Financiën stelt voor het voorkomen van normaliter 25 procent heffing van aanmerkelijk belang (ab) in box 2 van de inkom-

Wat zijn flexibele aandelen?

Sinds 1 oktober 2012 kunnen oprichters en aandeelhouders nieuwe soorten (flexibele) aandelen creëren. Denk hierbij aan stem- en/of winstrechtloze aandelen. Stemrechtloze aandelen zijn aandelen zonder stemrecht in de algemene vergadering (artikel 2:228, lid 5 BW). Deze aandelen geven wel (een volledig of beperkt) recht op deling in de winst of de reserves van de vennootschap. Winstrechtloze aandelen zijn aandelen zonder recht op deling in de winst of de reserves van de vennootschap (artikel 2:216, lid 7 BW). Deze aandelen hebben een normaal of afwijkend stemrecht. Daar bestaan vele variaties op. Op deze wijze kunnen de aan een aandeel verbonden winst- en zeggenschapsrechten worden gescheiden.

stenbelasting (zie het ab-verzamelbesluit van 4 september 2012, BLKB 2012/101, paragraaf 4.5).

• *Flexibele aandelen*

Certificering staat in schril contrast met flexibele aandelen. Hoewel het aantal variaties van aandelen onder de flex-bv-wetgeving groot is, zijn deze aandelen echter wel onderworpen aan de dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW.

2 Fiscale duidelijkheid

• *Certificering*

Certificering is tot ontwikkeling gekomen onder het nv-recht. Die rechtsvorm bestaat sinds 1838 en de rechtsfiguur certificering bestond al voordat in 1971 de bv als rechtsvorm werd ingevoerd. Het instrument heeft dus vele jaren de tijd gehad om tot volle wasdom te komen. De fiscale status van certificering is dan ook ruimschoots ontwikkeld, zodat hierover de nodige fiscale duidelijkheid bestaat.

• *Flexibele aandelen*

Rond de relatief jonge rechtsfiguur flexibele aandelen daarentegen hangt nog een wolk van onduidelijk-

Wat is certificering?

Bij certificering van aandelen wordt in de praktijk vaak gebruikgemaakt van een stichting administratiekantoor (STAK) waarbij de financiële en zeggenschapsrechten van een aandeel worden gesplitst. De STAK houdt als juridische eigenaar de aandelen voor rekening en risico van de certificaathouders, die op grond van de administratievoorwaarden de financiële rechten op het aandeel hebben. De zeggenschap, of het stemrecht, komt gebundeld bij de STAK te liggen, met als bestuurder veelal de overdragende aandeelhouder en wellicht te zijner tijd zijn beoogde bedrijfsopvolger. Overigens kan het administratiekantoor ook de rechtsvorm hebben van een nv, bv of een vereniging.

heden over vooral de fiscale status van dergelijke aandelen. Die status is van cruciaal belang omdat die doorwerkt in allerlei fiscale regelingen (zie *Accountant juli/augustus 2012*).

3 Kosten

• Certificering

Civielrechtelijk gezien is certificering ten opzicht van de flexibele aandelen een duurder keuze. Dit komt door de eenmalige oprichtingskosten en de jaarlijkse administratieve lasten van de stichting administratiekantoor (STAK).

• Flexibele aandelen

Toch brengt ook een keuze voor flexibele aandelen extra kosten met zich mee. Advisering over dergelijke aandelen is voor menig notaris zeker geen dagelijkse aangelegenheid. Daarbij komt dat fiscale onzekerheden rond flexibele aandelen tot meer advieskosten kunnen leiden. Denk hierbij aan vragen over de fiscale status van de flexibele aandelen.

4 Beschermingsconstructie

• Certificering

Certificering kan dienst doen als een beschermingsconstructie. Het stemrecht dat verbonden is aan het gecertificeerde aandeel, komt immers toe aan het bestuur van de STAK. Dit speelt op het moment dat derden ongewenste invloed willen uitoefenen op het scheiden van de zeggenschaps- en financiële rechten. Denk hierbij aan werknemersparticipaties of aan de situatie waarin het onwenselijk is dat binnen het familiebedrijf houders van stemrechtloze aandelen door hun vergaderrecht betrokken worden bij de algemene vergadering.

• Flexibele aandelen

Een dergelijke beschermingsconstructie bestaat niet bij het gebruik van flexibele aandelen.

5 Vergaderrechten

• Certificering

Alleen in het geval dat de statuten dit uitdrukkelijk bepalen, hebben de certificaathouders vergaderrechten. Denk hierbij aan de oproep tot de algemene vergadering, de toegang daartoe en het recht daarin het woord te voeren. Deze vergaderrechten kunnen de certificaathouders ook weer worden ontnomen (artikel 2:227, lid 4 BW). Nadeel van deze rechten is dat vergadergerechtigden het besluitvormingsproces op het niveau van de vennootschap in bepaalde mate kunnen frustreren. Daarom bestaat in de praktijk voor werknemersparticipatie een voorkeur voor het instrument certificering zonder een vergaderrecht.

• Flexibele aandelen

Houders van stemrechtloze aandelen beschikken daarentegen altijd over vergaderrechten. Mocht dit onwenselijk zijn, dan bestaat de mogelijkheid flexibele aandelen te certificeren. Denk hierbij aan familievennootschappen waarbij de wens bestaat alle houders van stemrechtloze aandelen buiten het besluitvormingsproces in de algemene vergadering te houden.

6 Invloed

• Certificering

Certificaathouders hebben een minder invloedrijkere positie dan houders van stemrechtloze aandelen. Zij beschikken namelijk niet over instemmings- en goedkeuringsrechten ter bescherming tegen ongewenste inbreuken.

• Flexibele aandelen

Houders van stemrechtloze aandelen hebben deze rechten juist wel en hebben dus een invloedrijkere positie dan certificaathouders. Mocht dit onwenselijk zijn, dan zou het gebruik van aandelen met een zeer beperkt stemrecht een oplossing kunnen bieden. Daarvoor is wel een besluit nodig dat met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

7 Geschillenregeling

• Certificering

Alleen in het geval dat de statuten of administratievoorwaarden dit bepalen, kunnen de certificaathouders vallen onder een geschillenregeling.

• Flexibele aandelen

Houders van (al dan niet) flexibele aandelen zijn per definitie onderworpen aan de wettelijke geschillenregeling van titel 8 van Boek 2 BW. Dit betekent dat zij kunnen vorderen dat een aandeelhouder uit de vennootschap treedt (artikel 2:343 BW) of wordt uitgestoten (artikel 2:336 BW). Dit kan in familieverhoudingen ertoe leiden dat de keuze valt op certificering.

8 Verwatering van stemrecht

• Certificering

In het geval dat de STAK in de onderliggende bv participeert met meerdere aandeelhouders in de algemene vergadering, kan certificering leiden tot verwatering

'HET WORDT TIJD DAT DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN OVER DE FISCALE STATUS VAN FLEXIBELE ANDELEN MEER DUIDELIJKHEID SCHEPT.'

van stemrecht. Dit betekent dat sprake is van een verschuiving van zeggenschap in de algemene vergadering. Een dergelijke verwatering kan worden voorkomen door certificering van stemrechtloze aandelen. Dit neemt echter niet weg dat de certificaathouder via een eventueel benoemingsrecht in het bestuur van de STAK wel enige mate van zeggenschap kan hebben.

- **Flexibele aandelen**

Het verwateren van stemrecht komt niet aan de orde bij de uitgifte van stemrechtloze aandelen.

Gang naar notaris

- **Certificering**

Voor de overdracht van certificering is geen notariële akte vereist. Om de certificaathouders te kunnen achterhalen is het toch verstandig om een notariële akte te laten opstellen.

- **Flexibele aandelen**

Voor de overdracht van flexibele aandelen daarentegen is wel een gang naar de notaris noodzakelijk.

Het mag duidelijk zijn dat certificering na twee jaar flex-bv een geduchte concurrent is van flexibele aandelen. Bent u op zoek naar een grotere inrichtingsvrijheid voor een vennootschap en een praktische besluitvorming daarbinnen? Dan bevelen wij certificering van aandelen aan zonder vergaderrecht. Maar certificering heeft ook nadelen, zoals de relatief hoge kosten voor het instellen van het administratiekantoor.

Meer informatie

Meer informatie over certificering versus flexibele aandelen staat in het tweeluik dat de auteurs deze zomer schreven voor het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR). In het tweeluik treedt de rechtsfiguur certificering denkbeeldig in de ring tegenover flexibele aandelen. In deel 1 zijn de schijnwerpers gericht op de civielrechtelijke verschillen. In deel 2 ligt de focus op de fiscaalrechtelijke aspecten in de inkomstenbelasting. Zie WPNR 2014/7029, blz. 747-755 en WPNR 2014/7030, blz. 807-815.

Bestaat de behoefte om in bepaalde mate invloed te kunnen uitoefenen in een vennootschap? Dan zou het gebruik van flexibele aandelen (in het bijzonder stemrechtloze aandelen) een goede optie zijn. Het grote nadeel daarvan is dat rond flexibele aandelen nog de nodige fiscale onduidelijkheden bestaan. Na twee jaar wordt het tijd dat de staatssecretaris van Financiën hierover meer duidelijkheid schept. Tot dan blijft certificering een probaat middel om financiële en zeggenschapsrechten van elkaar te scheiden. □

Noot

* Jessica Litjens en Mitra Tydeman-Yousef zijn werkzaam bij het PwC Knowledge Centre Tax & HRS. Litjens is tevens verbonden aan de Universiteit Maastricht en de Universiteit van Amsterdam.