

Notaris kan inbreng niet controleren

Zorgplicht bij oprichting flex-bv onduidelijk

Vanaf 1 oktober kun je een bv oprichten zonder minimumkapitaal, zonder bankverklaring en zonder accountantsverklaring. De notariële oprichtingsakte blijft verplicht, terwijl de oprichter daarin ook zelf moet blijven verklaren of de aandelen zijn volgestort en wat hij inbrengt. In hoeverre heeft de notaris een zorgplicht om te controleren of die verklaring wel juist is? En in hoeverre verschuift de zorgplicht van de accountant naar de notaris? Accountant Harm Borrie en notaris Wessel Bosse discussiëren erover.

TEKST Lex van Almelo | FOTO Truus van Gog

De verplichting om bij het oprichten van een bv langs de notaris te gaan, verdwijnt. En de verplichting om 18.000 euro startkapitaal te storten ook. 'Door beide maatregelen dalen de administratieve kosten van het oprichten van een bv met 90 procent.' Dat was de strekking van een veelbelovend persbericht dat het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie een jaar geleden uitbracht over de plannen voor een wetsvoorstel.

POORTWACHTER

De afschaffing van de oprichtingsakte is niet doorgegaan. Wel is de verplichting gesneuveld om een bank- of accountantsverklaring over te leggen in de gevallen waarin de oprichter vrijwillig kapitaal inbrengt in de bv. Sinds 1 oktober heeft de oprichter van een bv daardoor geen bankverklaring meer nodig om aan te tonen dat hij contant geld heeft gestort op de aandelen. En als hij in natura inbrengt, hoeft hij de waarde daarvan niet meer te staven met een accountantsverklaring. Volgens registeraccountant Harm Borrie doemt daardoor de vraag op of je van een notaris mag verwachten dat deze zich ervan verzekert dat de storting echt is gedaan. 'Uit recente tuchtrechtelijke uitspraken blijkt dat de notaris

steeds meer wordt gezien als poortwachter voor de maatschappij als hij bij juridische transacties wordt betrokken. Het is daarom voorstelbaar dat de rechter ooit een notaris aansprakelijk acht voor de schade die een derde lijdt doordat deze zaken heeft gedaan met een bv waarvan het kapitaal nooit blijkt te zijn gestort en de aandeelhouder dat ook niet meer kan. Moeten de bankverklaring en het accountantsonderzoek daarom worden vervangen door eigen onderzoek van de notaris?'

UITKERINGSTEST

Wessel Bosse, notaris en auteur van *De Flex BV Tekst & Toelichting*: 'De bank- en accountantsverklaring zijn niet alleen afgeschaft vanwege de lastenverlichting, maar ook omdat die niet garanderen dat de aandelen daadwerkelijk zijn volgestort. De notaris kan dat ook niet. Maar de notaris passeert wel een oprichtingsakte waarin staat dat het bestuur van de bv zegt of de aandelen door de inbreng zijn volgestort. Het bestuur maakt de beschrijving van wat er wordt ingebracht en de bestuurders zijn persoonlijk aansprakelijk wanneer die beschrijving achterwege blijft of niet deugt.' Harm Borrie: 'Maar wat nu als een crediteur van de bv zijn geld wil hebben en er bij de bestuurders niets te halen valt? Dan is de kans groot dat de crediteur de notaris aansprakelijk stelt.' Wessel Bosse: 'Ja, die kans bestaat, wij zijn nu

eenmaal verplicht verzekerd tot 25 miljoen euro en daarom denken gedupeerden helaas vaak: "Hij is notaris dus daar is geld te halen."' Harm Borrie: 'Terwijl een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders niet verplicht is.' Wessel Bosse grijpt naar zijn handboek over de flex-bv. 'Volgens Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is controle vooraf niet meer nodig. Op Kamervragen heeft de staatssecretaris geantwoord dat de wet niet leidt tot uitbreiding van het takenpakket van de notaris. De controle van de notaris is beperkt tot het naleven van de formaliteiten. De waarde van de inbreng hoeft hij niet te controleren. Het systeem van de nieuwe wet is dat de controle op wat er in gaat, wordt vervangen door een toets op wat er uit gaat, de uitkeringstest. De bv mag namelijk alleen uitkeringen doen als zij dan nog een jaar aan haar verplichtingen kan voldoen. Volgens de memorie van toelichting moet het bestuur daarvoor financiële deskundigheid in huis hebben of externe financiële deskundigen inschakelen.' Harm Borrie: 'Je kunt er nog een discussie over voeren of die termijn niet langer moet zijn. Bij een wettelijke controle moet de accountant beoordelen of de onderneming op langere termijn kan voldoen aan haar verplichtingen. Maar bij de inbreng hoeft-ie nergens meer naar te kijken. Ik vraag mij af of dat goed is voor de crediteuren. Als er bij de bestuurders niets te halen valt, zullen die toch zeggen: "Notaris, wat heb je gedaan?"'



De controle op wat er in gaat, wordt

vervangen door een toets op wat er uit gaat, de uitkeringstest

Wessel Bosse (l) leest Harm Borrie (r) voor uit eigen werk.

Wessel Bosse: 'Daarop hoef je volgens Boek 2 niet meer te letten. De vraag is wel: wat zet je in de oprichtingsakte?'

GEEN BESCHERMING

Wessel Bosse: 'In de oprichtingsakte verklaart de oprichter in hoeverre de aandelen zijn volgestort. Als de verklaring evident onwaar is, werk ik niet mee aan de oprichting. Bijvoorbeeld als er staat dat een roestige fiets 10 mille waard is. Maar in de meeste gevallen kan ik niet controleren of de aandelen inderdaad zijn volgestort. Ik zal de cliënten wel adviseren over de consequenties, namelijk dat de bestuurders aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur als de aandelen toch niet volgestort blijken.'

Harm Borrie: 'De kans bestaat dan dat de crediteuren de klos zijn als zij uiteindelijk achter het net vissen.'

Wessel Bosse: 'Bij de flex-bv kunnen crediteuren geen bescherming ontfemen aan wat de onderneming in gaat. Dat staat met zo veel woorden in de memorie van toelichting. Wel heeft de tuchtrechter geoordeeld dat de notaris rekening moet houden met de belangen van derden. Denk aan de eerste hypotheekhouder bij het vestigen van een tweede hypotheek en aan ABC-constructies.'

Harm Borrie: 'In mijn praktijk heb ik regelmatig inbrengtransacties met een waarde van boven de 100 miljoen euro. Als de inbreng niet juist wordt beschreven, door bijvoorbeeld een

onjuiste waardering van een ingebrachte buitenlandse minderheidsdeelneming, kan dat verstrekken gevolgen hebben. Het bestuur heeft er belang bij om een goed gedocumenteerd dossier op te bouwen, waarbij een specialist heeft gekeken naar de waarde van de inbreng.'

ZORGPLICHT

Wessel Bosse: 'Maar zolang het uitgangspunt van de wetgever is dat hier op de notaris geen zorgplicht rust, schakel ik niet uit eigen beweging een deskundige in. Want dan lopen de kosten voor de cliënt alleen maar op. Nu kost een oprichtingsakte ongeveer 800 euro. Er zijn zelfs notarissen waar je voor 325 euro een bv kunt oprichten.'

Harm Borrie: '800 euro is eigenlijk veel te weinig als een notaris zijn werk goed doet. Een accountantsverklaring bij inbreng van een eenmanszaak waar je zelf de jaarrekening hebt samengesteld, kost gemiddeld al 1.000 euro. Overigens is het de vraag of het bestuur zijn accountant niet alsnog de beschrijving van de inbreng zal laten opstellen. De werkzaam-

heden om tot een goede beschrijving te komen, moeten dan alsnog worden gedaan. En dan dalen de administratieve lasten uiteindelijk niet zoals de bedoeling was.' ■

NIEUW BIJ DE FLEX-BV:

- het verplichte minimumkapitaal van 18.000 euro wordt afgeschaft;
- crediteuren worden beschermd door een uitkeringstest: er mag in beginsel alleen winst worden uitgekeerd aan de aandeelhouders als er genoeg geld overblijft om nog een jaar lang te voldoen aan de lopende verplichtingen. Als de bv dat niet kan en er toch wordt uitgekeerd, zijn de bestuurders en aandeelhouders persoonlijk aansprakelijk;
- aandelen kunnen voortaan vrij overdraagbaar zijn;
- in de statuten kun je een flexibele verdeling van het stemrecht mogelijk maken.

Bron: Wessel Bosse, *Flex BV Tekst & Toelichting*, Berghauser Pont Publishing 2012