

Ondernemingsrecht, De haalbaarheid van de invoering van de Startup BV als 'nieuwe' rechtsvorm

Vindplaats:	Ondernemingsrecht 2015/57	Bijgewerkt tot:	26-05-2015
Auteur:	J.E. van Nuland LL.B. ^[1] & mr. S. Renssen ^[2]		

1. Inleiding

Tweede Kamerlid Kees Verhoeven (D66) pleit voor een 'nieuwe' rechtsvorm voor jonge, innovatieve ondernemingen: de Startup BV. Deze door Verhoeven voorgestelde Startup BV is een tijdelijke rechtsvorm waarvan startende ondernemingen (hierna ook: startups) gedurende de eerste twee jaren van hun bestaan gebruik kunnen maken. Startups zijn potentieel snelgroeiende ondernemingen gebruikmakend van een nieuw bedrijfsmodel of een nieuwe technologie. Door Startup BV's voordelen te bieden in de vorm van bepaalde vrijstellingen en het beperken van regelgeving, kunnen zij hun kapitaal maximaal inzetten ten behoeve van het realiseren van een doorgroei. Het investeren in de opstart en doorgroei van startups is belangrijk vanwege de enorme groeipotentie van dergelijke ondernemingen. Dit zal voordelig zijn voor het Nederlandse investeringsklimaat in innovatieve ondernemingen en komt bovendien de Nederlandse werkgelegenheid ten goede.

De Startup BV zal als tijdelijke rechtsvorm de navolgende voordelen gaan bieden aan de daarvoor kwalificerende jonge, innovatieve ondernemingen: (i) het automatisch verlenen van een spur- en ontwikkelingswerk-verklaring (hierna: S&O-verklaring), als gevolg waarvan de loon- en investeringskosten lager zullen zijn en er bovendien sprake is van een lagere winstbelasting; (ii) met betrekking tot de eerste werknemer is geen werkgeverspremie verschuldigd; (iii) geen toepassing van de gebruikelijkloonregeling; (iv) het investeren in een Startup BV wordt fiscaal aantrekkelijker gemaakt; (v) meer flexibiliteit voor wat betreft het maximaal aantal tijdelijke arbeidscontracten; en (vi) een vrijstelling van de verplichting tot deponering van de jaarrekening.^[3]

Voorgesteld wordt om de Startup BV toegankelijk te maken voor startups die zijn aangesloten bij organisaties die startende innovatieve ondernemingen selecteren en (financieel) ondersteunen bij het realiseren van groei (de zogenaamde incubators en acceleratoren). Bovendien zullen ook startups die worden gefinancierd door erkende *business angels* gebruik kunnen maken van de Startup BV. Het lijkt erop dat Verhoeven een *nieuwe* rechtsvorm introduceert, maar juist vanwege de complexiteit van de invoering van een geheel nieuwe rechtsvorm zou beter gekozen kunnen worden voor een systeem waarbij aan daarvoor kwalificerende BV's in de eerste twee jaren na oprichting voordelen worden toegekend.

Hoewel het mogelijk is dat Verhoeven een dergelijke constructie beoogt, volgt dit niet duidelijk uit zijn

voorstel.

Hoewel het stimuleren van innovatieve concepten zeker toe te juichen is, rijst de vraag of de invoering van de Startup BV in het Nederlandse rechtssysteem haalbaar is. Ook vragen wij ons af of een dergelijke 'nieuwe' rechtsvorm daadwerkelijk gewenst is. Tevens is de noodzakelijkheid van de invoering ervan – met het oog op het onderliggend doel, zijnde de stimulering van jonge, innovatieve ondernemingen – onzes inziens discutabel. In deze bijdrage zullen kritische kanttekeningen worden geplaatst bij de door Verhoeven voorgestelde Startup BV.

2. De fiscale voordelen

In zijn voorstel pleit Verhoeven voor een automatische verkrijging van een S&O-verklaring en daarmee toegang tot de Wet Bevordering Speur- en Ontwikkelingswerk (hierna: WBSO), de Research & Development Aftrek (hierna: RDA) en de Innovatiebox.

De huidige WBSO is opgenomen in art. 21 e.v. van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen en als onderdeel van de ondernemersaftrek in art. 3.77 IB 2001. Het betreft een fiscale maatregel, waarbij kort gezegd de ondernemers een vermindering op de loonheffing wordt geboden of een extra aftrekpost voor loonkosten die samenhangen met onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten.^{[4][5]}

Wanneer een ondernemer in aanmerking komt voor de WBSO-regeling staat mogelijkerwijs ook een beroep op de RDA open. Deze aftrek kan gezien worden als een aanvullende regeling op de WBSO-regeling en voorziet in een tegemoetkoming in de overige S&O-kosten. Het fiscale voordeel bestaat uit een vermindering van de af te dragen winstbelasting.^[6]

Ten aanzien van de Innovatiebox geldt art. 12b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, welke dient ter stimulering van innovatie. Het betreft een optionele regeling, waarin de netto-voordelen, onder voorwaarden, zijn belast met een effectief tarief van 5%.^[7]

Ten aanzien van de WBSO-regeling en de RDA valt op te merken dat de ondernemer een aanvraag zal moeten indienen ter verkrijging van de S&O-verklaring. De betreffende aanvraag kan digitaal worden ingediend en voor meerdere projecten tegelijk.^[8] Dit traject oogt bijzonder eenvoudig en gebruiksvriendelijk, hetgeen wordt bevestigd in evaluaties met betrekking tot deze aanvraag.^[9] In de periode 2006-2010 werd slecht 2% van de aanvragen op inhoudelijke gronden afgewezen.^[10] Ook ten aanzien van de toepassing van de Innovatiebox geldt dat het een voordeel betreft dat zonder veel moeite door de ondernemer kan worden genoten, namelijk slechts door dit aan te geven bij de belastingaangifte. Bezien wij het bovenstaande dan weegt de invoering van een 'nieuwe' rechtsvorm naar onze mening niet op tegen de voordelen van een gemakkelijkere verkrijging van een S&O-verklaring. Veeleer zou gedacht kunnen worden aan een uitzonderingspositie voor startups in de huidige fiscale wetgeving, hetgeen een afzonderlijke rechtsvorm allerm minst noodzakelijk maakt.

3. De flexibiliteit aangaande tijdelijke arbeidscontracten

Ingevolge art. 7:668a lid 1 BW kunnen in beginsel slechts drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden overeengekomen met een werknemer (de zogenoemde ketenbepaling). De vierde arbeidsovereenkomst die wordt gesloten, geldt van rechtswege voor onbepaalde tijd. Verhoeven meent dat dit maximum van drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten een mogelijke belemmering vormt voor startups, omdat zij vaak kortlopend gefinancierd worden. De invoering van de Wet werk en zekerheid biedt volgens Verhoeven een mogelijkheid om voor de Startup BV een uitzondering te maken op het maximum aantal tijdelijke

contracten.

Met de voorgestelde Wet werk en zekerheid^[11] wordt een aantal mogelijkheden tot afwijking van de ketenbepaling in het leven geroepen. Eén daarvan betreft een afwijkingsmogelijkheid *voor bepaalde functies in een bedrijfstak* waar toepassing van de ketenbepaling tot onaanvaardbare consequenties zou leiden en als gevolg waarvan het voortbestaan van de sector in geding zou komen.^[12] Het voorgestelde achtste lid biedt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de gelegenheid om art. 7:668a BW in dergelijke gevallen buiten toepassing te verklaren, indien hij heeft vastgesteld 'dat het voor die functies bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet zijnde uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690'.^[13] Het dient bij deze afwijkingsmogelijkheid te gaan om (functies binnen) bedrijfstakken waar *uitsluitend* met tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan worden gewerkt, waarvoor het gebruik van langjarige tijdelijke arbeidsovereenkomsten ook geen oplossing kan vormen en waarvoor de gemaximeerde afwijkingsgrond die zojuist aan bod is gekomen onvoldoende uitkomst biedt. Gelet op het feit dat de afwijkingsmogelijkheid van het voorgestelde lid 8 van art. 7:668a BW ziet op *bepaalde functies in een bedrijfstak*, achten wij de door Verhoeven voorgestelde vrijstelling voor startups onwerkbaar. Startups kunnen immers in elke bedrijfstak aanwezig zijn. Bovendien is het slecht denkbaar dat het voortbestaan van startups in het geding is wanneer geen uitzondering wordt gemaakt op de ketenbepaling, als gevolg waarvan het niet aannemelijk dat de minister bereid is deze uitzondering te maken.

Ten slotte dient een kanttekening geplaatst te worden bij de uitwerking van een vrijstelling van de ketenbepaling voor startups. De omzetting biedt naar onze mening geen reden om aan te nemen dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst veranderen. Echter, art. 7:668a BW zal onverkort van toepassing zijn, terwijl de uitzonderingspositie die de startup genoot, komt te vervallen. Wanneer gedurende de tijdelijke rechtsvorm voor wat betreft het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is voldaan aan de vereisten van de ketenbepaling, heeft de omzetting mede tot gevolg dat de werknemers vanaf dat moment voor onbepaalde tijd in dienst zullen zijn, althans dat een eerstvolgende arbeidsovereenkomst van rechtswege voor onbepaalde tijd zal gelden. Onzes inziens zijn dergelijke complicaties als gevolg van de tijdelijkheid van de rechtsvorm ongewenst, mede gezien vanuit het oogpunt van rechtszekerheid.

4. De vrijstelling van de verplichting tot deponering van de jaarrekening

Verhoeven stelt ten slotte voor dat Startup BV's worden vrijgesteld van de verplichting tot deponering van de jaarrekening, als gevolg waarvan zij geen geld hoeven te besteden aan een accountant. De onderliggende gedachte van Verhoeven bij deze deponeringsvrijstelling lijkt dus te zijn gelegen in het voorkomen van de thans (in beginsel) verplichte accountantscontrole met betrekking tot de jaarrekening. Onzes inziens kan ten aanzien hiervan een kritische kanttekening worden gemaakt.

Allereerst rijst de vraag of de voorgestelde vrijstelling niet overbodig is met het oog op het zogenoemde kleine jaarrekeningenregime^[14] zoals vastgelegd in art. 2:396 BW. Dit jaarrekeningenregime is van toepassing op 'kleine' vennootschappen,^[15] zijnde vennootschappen die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opvolgende balansdata, aan ten minste twee van de drie navolgende criteria voldoen: a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs niet meer dan €4,4 miljoen; b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan €8,8 miljoen; en c. het gemiddeld

aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan vijftig. In beginsel zal ingevolge het eerste lid van art. 2:396 BW op twee achtereenvolgende balansdata aan deze criteria moeten zijn voldaan, wil een vennootschap in aanmerking komen voor het kleine jaarrekeningenregime. Art. 2:398 lid 1 BW maakt hierop een uitzondering voor wat betreft nieuw opgerichte vennootschappen die nog geen tweede boekjaar kennen. In dergelijke situaties dient op de balansdatum van het eerste boekjaar te zijn voldaan aan de in art. 2:396 lid 1 BW geformuleerde criteria teneinde in aanmerking te komen voor het kleine jaarrekeningenregime voor het eerste en tweede boekjaar.

Het kleine jaarrekeningenregime heeft – kort samengevat – tot gevolg dat de daarvoor in aanmerking komende vennootschappen slechts een vereenvoudigde balans, winst- en verliesrekening en de bijbehorende toelichting hoeven op te stellen (art. 2:396 lid 3-5 BW). Van deze stukken hoeft slechts de vereenvoudigde balans openbaar te worden gemaakt (art. 2:396 lid 8 BW). Het jaarverslag hoeft niet aan de door art. 2:391 BW vereiste inhoud te voldoen, aldus art. 2:396 lid 7 BW. Dit brengt echter niet mee dat het jaarverslag geheel achterwege mag blijven.^[16] Een accountantscontrole is daarentegen niet vereist ingevolge het voorgaande artikel.

Gelet op de onderliggende gedachte van Verhoeven ten aanzien van de vrijstelling van de verplichting tot deponering van de jaarrekening – zijnde het voorkomen van de accountantscontrole – lijkt het thans bestaande kleine jaarrekeningenregime ex art. 2:396 BW reeds een uitkomst te bieden, althans voor Startup BV's die voldoen aan ten minste twee van de in het eerste lid van voormeld artikel gestelde criteria.

5. Conclusie

Dat de door Verhoeven voorgestelde Startup BV als tijdelijke rechtsvorm voor daartoe kwalificerende jonge, innovatieve ondernemingen stimulerend zou werken voor startups en dat daarmee uiteindelijk het Nederlandse investeringsklimaat en de Nederlandse werkgelegenheid worden bevorderd, staat buiten twijfel. Door Startup BV's voordelen te bieden in de vorm van bepaalde vrijstellingen en het beperken van regelgeving, kunnen zij immers hun kapitaal maximaal inzetten ten behoeve van het realiseren van een doorgroei. Toch zijn er een aantal kanttekeningen te plaatsen bij het voorstel.

Wat betreft de fiscale voordelen is een invoering van een 'nieuwe' rechtsvorm naar onze mening niet noodzakelijk; het komt ons praktischer voor om dergelijke uitzonderingen mogelijk te maken op grond van bestaande fiscale wetgeving.

De voorgestelde uitzondering op de ketenbepaling van art. 7:668a BW is gelet op de per 1 juli 2015 in werking tredende Wet werk en zekerheid niet mogelijk, althans het is niet aannemelijk dat de minister bereid is een uitzondering te maken voor startups. Een dergelijke uitzondering kan na de wetwijziging slechts door de minister worden gemaakt wanneer het maximaal aantal van drie tijdelijke contracten voor de betreffende sector tot onaanvaardbare consequenties zou leiden en het voortbestaan van de sector daardoor in het geding zou komen. Het is slecht denkbaar dat het voortbestaan van startups in het geding is wanneer geen uitzondering wordt gemaakt op de ketenbepaling, als gevolg waarvan het niet aannemelijk dat de minister bereid is deze uitzondering te maken.

De vrijstelling tot deponering van de jaarrekening teneinde accountantskosten te voorkomen, komt ons niet noodzakelijk voor. Startups zullen veelal kunnen worden aangemerkt als 'kleine' vennootschappen, waardoor zij in aanmerking komen voor het kleine jaarrekeningenregime ex art. 2:396 BW. Reeds als gevolg daarvan hoeven zij geen accountantscontrole te laten uitvoeren.

Tot slot rijst de vraag wat er na verloop van twee jaren dient te gebeuren met de Startup BV. Wanneer

deze wordt omgezet in een BV, zal dit juridisch-technische complicaties met zich brengen en consequenties hebben voor bijvoorbeeld het al dan niet tijdelijke karakter van lopende arbeidscontracten.

Al met al kan achten wij de invoering van de Startup BV in het Nederlandse rechtssysteem zoals voorgesteld door Verhoeven (juridisch) niet haalbaar.

Voetnoten

- [1] Jeffrey van Nuland is Masterstudent Nederlands Recht, specialisatie Privaatrecht aan Maastricht Universiteit.
- [2] Samantha Renssen is docente Privaatrecht aan Maastricht University en PhD-fellow bij het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies.
- [3] 'Startup BV. Voor jonge, innovatieve, snelgroeiende bedrijven', te raadplegen via www.d66.nl.
- [4] De afdrachtvermindering geldt voor ondernemers met personeel en niet-ondernemers die onderzoek verrichten voor derden (art. 21 e.v. WVA). Voor zelfstandigen geldt de aftrekpost voor de inkomstenbelasting (art. 3.77 IB 2001).
- [5] *Kamerstukken II* 1993/94, 23477, nr. 3 (MvT), p. 1 en p. 5 ten aanzien van de WVA.
- [6] Besluit van 21 december 2011, houdende regels voor de aanvullende aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk (Besluit RDA).
- [7] Dit verlaagde tarief wordt bereikt middels een grondslagreductie. Indien door de belastingplichtige wordt gekozen voor toepassing van de innovatiebox, worden de voordelen die in de innovatiebox vallen slechts voor het 5/H-gedeelte in aanmerking genomen. Daarbij staat H voor het percentage van het hoogste tarief, bedoeld in art. 22 Wet VPB 1969, geldend voor het jaar waarin het voordeel is genoten.
- [8] 'WBSO en RDA', te raadplegen via www.rvo.nl.
- [9] 'Hoofdrapport Evaluatie WBSO 2006-2010. Effecten, doelgroepbereik en uitvoering', p. 91, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.
- [10] 'Hoofdrapport Evaluatie WBSO 2006-2010. Effecten, doelgroepbereik en uitvoering', p. 90, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.
- [11] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 2 (VvW).
- [12] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (MvT), p. 14.
- [13] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 2 (VvW), p. 6.
- [14] Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/575.
- [15] Zie Van Schilfgaarde e.a., *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 113.
- [16] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/575.