

Vergaderjaar 2011–2012

**31 058**

## **Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)**

**32 426**

## **Aanpassing van de wetgeving en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)**

**D<sup>1</sup>**

### **NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VEILIGHEID EN JUSTITIE<sup>2</sup>**

Vastgesteld 17 april 2012

De memorie van antwoord heeft de commissie aanleiding gegeven de volgende vragen en opmerkingen aan de regering voor te leggen.

#### **1. Inleiding**

De leden van de **VVD**-fractie danken de regering voor de beantwoording van de vragen en willen van de gelegenheid gebruik maken nog enkele vragen te stellen.

De leden van de **CDA**-fractie danken de regering voor de uitgebreide beantwoording van de door hen in het voorlopig verslag gestelde vragen. Zij hebben in dit voorlopig verslag al hun waardering geuit voor de wijze waarop de u ten departemente met betrekking tot de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht te werk bent gegaan; een waardering die zij hierbij graag nog eens willen herhalen. Toch zijn er bij de leden van de CDA-fractie nog enige aanvullende vragen gerezen, die zij in een schriftelijke behandeling aan de orde willen stellen. De praktijk is er immers mee gediend, dat er zoveel mogelijk duidelijkheid bestaat ten aanzien van de juridische implicaties van een rechtsvorm, die veel zal worden gebruikt. Bij een schriftelijke behandeling is er meer gelegenheid om *en detail* op diverse resterende vragen in te gaan dan bij een mondelinge behandeling.

De leden van de CDA-fractie vragen de regering bij de beantwoording van de door hen gestelde vragen de punten te betrekken, die in de brief d.d. 22 maart 2012 van mr. M.J. van Vliet van BDO Accountants<sup>3</sup> aan de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie naar voren zijn gebracht.

De leden van de **D66**-fractie danken de regering voor de beantwoording van de door hen gestelde vragen met betrekking tot het wetsvoorstel flexibilisering en vereenvoudiging van het bv-recht. De antwoorden inzake

<sup>1</sup> De letter D heeft alleen betrekking op wetsvoorstel 31 058.

<sup>2</sup> Samenstelling:

Holdijk (SGP), Broekers-Knol (VVD), (voorzitter), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Engels (D66), Franken (CDA), Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA), (vice-voorzitter), Duthler (VVD), Koffeman (PvdD), Quik-Schuijt (SP), Strik (GL), K.G. de Vries (PvdA), Knip (VVD), Hoekstra (CDA), Lokin-Sassen (CDA), Scholten (D66), De Boer (GL), De Lange (OSF), Ter Horst (PvdA), Beuving (PvdA), Kooole (PvdA), Schrijver (PvdA), Reynaers (PVV), Popken (PVV), Frijters-Klijnen (PVV), Ester (CU), Swagerman (VVD).

<sup>3</sup> Ter inzage gelegd bij de afdeling inhoudelijke ondersteuning onder griffienummer 145911.15.

de voorgestelde uitkeringsregeling doen echter wel een aantal nieuwe vragen rijzen bij deze leden.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie hebben kennisgenomen van de memorie van antwoord en hebben naar aanleiding daarvan nog enkele vragen.

## 2. Algemeen

### *Herziening wetgeving*

Het is de leden van de **VVD**-fractie bekend dat er een bredere herziening van de geschillenregeling in aantocht is. Dat neemt niet weg dat de regering ervoor gekozen heeft in het wetsvoorstel flexibilisering bv-recht een wijziging van de geschillenregeling op te nemen (artikelen 335 t/m 343c), waarin met name de status van de vennootschap ingrijpend wijzigt. Deze leden zijn verbaasd dat de regering hun vraag daarover niet beantwoordt en verwijst naar de bredere herziening. Wanneer verwacht de regering het wetsontwerp herziening geschillenregeling in te dienen?

De regering heeft in de diverse fasen van de behandeling toezeggingen gedaan tot aanpassing van het wetsvoorstel, constateren de leden van de **CDA**-fractie. Kan daartoe een reparatiewet tegemoet worden gezien? Wanneer denkt de regering een dergelijk voorstel aan de Staten-Generaal te zullen voorleggen?

### *Samenhang en samenloop wetgeving: artikel 242*

De leden van de **VVD**-fractie vragen zich af of artikel 242 lid 1 komt te luiden zoals de wetgever dat heeft bedoeld en verzoeken de regering nog eens goed te kijken naar de samenhang en samenloop van de volgende artikelen: artikel I, onderdeel Ka van de Wet bestuur en toezicht<sup>1</sup>, artikel I, onderdeel ZZ van het gewijzigd voorstel van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>2</sup>, artikel III aanhef en onderdeel A van de Wet bestuur en toezicht en de artikelen II, III en IV van de reparatiewet bestuur en toezicht<sup>3</sup>.

De **CDA**-fractie vraagt graag aandacht voor een wijziging die in artikel 242 lid 1 is aangebracht in de Wet bestuur en toezicht. Ingevolge dit wetsvoorstel, dat overigens nog niet in werking is getreden, wordt een tweede volzin aan artikel 242 lid 1 toegevoegd, dat luidt: «Indien een vennootschap toepassing geeft aan artikel 239a bepaalt de algemene vergadering of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder onderscheidenlijk niet uitvoerende bestuurder.» In de tekst voor artikel 242 lid 1, zoals die is opgenomen in artikel IC van het onderhavige wetsvoorstel 32 426, en overeenkomstig dit wetsvoorstel zal komen te luiden indien het wetsvoorstel bestuur en toezicht eerder wet wordt en in werking treedt, is de hierboven geciteerde volzin niet opgenomen. Mag uit het verloop van de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling worden afgeleid dat dit laatste berust op een vergissing en dat herstel hiervan tegemoet kan worden gezien?

### *Inwerkingtreding*

Is de regering het met de leden van de CDA-fractie eens dat het aanbeveling verdient de wijzigingen in Boek 2 BW ingevolge het wetsvoorstel bestuur en toezicht en de thans aan de orde zijnde voorstellen niet op afzonderlijke tijdstippen in werking te laten treden?

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 763, A.

<sup>2</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 058, A.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 873, nr. 2.

Kan de regering aan de leden van de **ChristenUnie**-fractie toelichten of zij de beoogde ingangsdatum van dit wetsvoorstel realistisch vindt in het licht van de toch niet onaanzienlijke implementatievraagstukken? Is de regering op de hoogte van de zorgen rond de ingangsdatum zoals die door het werkveld zijn aangedragen? Hoe weegt zij deze zorgen?

#### *Misbruik bij faillissement en evaluatie*

De regering neemt in zijn beantwoording aan dat het huidige stelsel van toezicht en juridische mogelijkheden voldoende handvatten biedt om misbruik bij faillissement aan te pakken. Kan de regering aan de leden van de ChristenUnie-fractie uiteenzetten welke concrete aanwijzingen – ook in de zin van onderzoeken of rapportages – zij heeft dat deze instrumenten in de praktijk misbruik daadwerkelijk voldoende tegengaan? Is evaluatie van de flex-bv, ook in relatie tot de vraag naar mogelijk misbruik en misstanden rond deze rechtsvorm, voorzien?

#### *Keuzes rechtsvormen*

Voor een belangrijke groep ondernemers is de naamloze vennootschap geen bruikbaar alternatief voor de huidige besloten vennootschap, aldus de leden van de ChristenUnie-fractie. Waarom is voor deze groep ondernemers, die behoefte hebben aan een rechtspersoon met een steviger imago en meer ingebouwde zekerheden – waarbij wel een minimuminbreng verplicht is bijvoorbeeld – de bestaande rechtsvorm niet overreid gehouden? Van de flex-bv had toch ook een volledig nieuwe rechtsvorm gemaakt kunnen worden? Graag een reactie.

### **3. Artikel 216: uitkeringsbesluit, bestuursaansprakelijkheid en bescherming schuldeisers**

#### *Mogelijke strijd met regels voor fiscale beleggingsinstellingen*

De uitdelingsverplichting voor een fiscale beleggingsinstelling is geregeld in artikel 28 lid 2, onder b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 jo. artikel 2 van het Besluit beleggingsinstellingen. Deze komt er kort gezegd op neer dat de voor uitdeling beschikbare winst, zijnde het positieve bedrag van de in het jaar genoten belastbare winst verminderd met een evenredig bedrag aan bepaalde aftrekposten, niet later dan in de achtste maand na afloop van het jaar ter beschikking moet worden gesteld van aandeelhouders. De bepaling van het voorgestelde artikel 2:216 lid 2 BW en de uitdelingsverplichting van artikel 28 lid 2, onder b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zouden met elkaar in strijd kunnen komen, waardoor niet meer aan de laatstgenoemde voorwaarde kan worden voldaan. Hierdoor zou een vennootschap de status van fiscale beleggingsinstelling kunnen verliezen, aldus de leden van de **VVD**-fractie.

In het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009<sup>1</sup> wordt in voorkomend geval voorzien in een (gedeeltelijke) ontheffing van de uitdelingsverplichting door middel van een goedkeuring. De staatssecretaris overweegt in dat besluit het volgende: «6.1.2. Te lage uitdeling in verband met civielrechtelijk uitkeringsverbod. Het kan voorkomen dat positieve beleggingsresultaten worden behaald die tot een uitdelingsverplichting leiden (zoals de ontvangst van dividenden, huur en rente), maar dat daarnaast (grote) vermogensverliezen worden geleden. De uitdelingsverplichting kan dan groter zijn dan het civielrechtelijke dividendmaximum (zoals dat wordt bepaald in artikel 216 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek).

6.1.3 Goedkeuring voor situaties vermeld in 6.1.1. en 6.1.2.

<sup>1</sup> Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009, *Stcrt.* 2009, 14118

Voor zover door omstandigheden zoals beschreven in 6.1.1. en 6.1.2. niet is voldaan aan de uitdelingsverplichting van artikel 28, tweede lid, onderdeel b, keur ik goed dat dit tekort wordt toegevoegd aan de afrondingsreserve. Dit bedrag komt ten laste van de winst van het jaar waarop de hiervoor genoemde uitdelingsverplichting betrekking heeft. Op deze toevoeging vindt de laatste volzin van artikel 7, eerste lid, BBI overeenkomstige toepassing.»

Deze goedkeuring komt erop neer dat de fiscale winst van een fiscale beleggingsinstelling wordt verminderd met een bedrag, gelijk aan het bedrag dat als gevolg van het civielrechtelijke uitkeringsverbod niet mag worden uitgekeerd, door dit bedrag te doteren aan de afrondingsreserve. Bovendien wordt in de goedkeuring expliciet verwezen naar artikel 2:216 BW. Kortom, een fiscale beleggingsinstelling die als gevolg van een civielrechtelijk uitkeringsverbod niet kan voldoen aan de fiscaalrechtelijke uitdelingsverplichting verliest haar status van fiscale beleggingsinstelling niet.

De leden van de VVD-fractie zijn van mening dat hoewel het uitkeringsverbod op grond van de wijziging van artikel 2:216 BW in het wetsvoorstel van aard wijzigt, er geen aanleiding is om in dat geval tot een anders-luidend oordeel te komen. Deelt de regering dit oordeel? Met andere woorden: kan de regering bevestigen dat het besluit van de staatssecretaris van Financiën ook op het nieuwe artikel 2:216 BW van toepassing blijft?

#### *Reden herziening artikel 216*

De leden van de **CDA**-fractie vragen zich af of artikel 216 leidt tot verbetering van gesignaleerde gebreken en lastenverlichting. In de memorie van toelichting wordt aangegeven waarom de huidige regeling van artikel 2:216 BW wordt herzien. Hierbij wordt veel gewicht toegekend aan het feit dat het uitvoeren van een balanstest, zoals vereist door het huidige artikel 2:216 BW, leidt tot kosten (administratieve lasten). Verder wordt als bezwaar genoemd dat de balans waarop de uitkeringsvrije ruimte wordt bepaald, als regel gedateerd is op het moment waarop de uitkering wordt gedaan. Van Veen stelt de vraag aan de orde of de voorgestelde regeling echter wel wezenlijk verbetering brengt op dit punt. Allereerst valt op dat artikel 216 bepaalt dat een balanstest moet worden uitgevoerd indien de vennootschap wettelijke of statutaire reserves kent. In dit kader is in artikel 207 en 216 bepaald dat mag worden uitgegaan van gegevens uit de laatst vastgestelde jaarrekening. Deze regeling is ingevoerd bij nota van wijziging. Van een verbetering ten opzichte van de bezwaren genoemd tegen het huidige recht is dan ook (uiteindelijk) geen sprake. Dit had gekund door bijvoorbeeld eenduidige eisen te stellen aan de vermogensopstelling, bijvoorbeeld in overeenstemming met artikel 2:105 lid 4 en artikel 2:313/334g BW. Belangrijker is wellicht dat uit de memorie van toelichting blijkt dat het bestuur onder meer de solvabiliteit dient te betrekken bij het verrichten van de uitkeringstest. De solvabiliteit is de ratio eigen vermogen/vreemd vermogen. Deze ratio kan slechts worden bepaald indien een vermogensopstelling/balans wordt opgesteld. Het bepalen van de solvabiliteit, vergt derhalve het opstellen van een balans, zodat ook in het kader van de uitkeringstest volgens het voorgesteld artikel 216 een vermogensopstelling moet worden opgesteld. De leden van de CDA-fractie vragen of hiermee geen administratieve lasten zijn gemoeid.

In de memorie van toelichting is aangegeven dat in het kader van interim-uitkeringen weliswaar de uitkeringstest moet worden uitgevoerd, maar dat met het oog op lastenverlichting geen balans hoeft te worden opgesteld.<sup>1</sup> Hoe verhoudt dit zich tot het gegeven dat in het kader van de uitkeringstest de solvabiliteit moet worden betrokken, hetgeen veronderstelt dat de bestuurders over een vermogensopstelling moeten

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31 048, nr. 3, p. 70.

beschikken? In het kader van de uitkeringstest stelt de regering zich op het standpunt dat deze betrekking heeft op het moment waarop het bestuur de uitkering betaalbaar stelt.<sup>1</sup> Brengt dit mee dat ook de vermogensopstelling die in het kader van de uitkeringstest wordt gebruikt, betrekking moet hebben op de dag waarop de uitkering betaalbaar wordt gesteld? Is een dergelijke vermogensopstelling per de dag van betaalbaarstelling, voorafgaand aan die betaalbaarstelling, gemakkelijk te vervaardigen? Verder vragen de leden van de CDA-fractie of zij het goed zien dat, indien de vennootschap wettelijke en/of statutaire reserves kent, er in het kader van het uitkeren van bijvoorbeeld dividend twee verschillende vermogensopstellingen moeten worden opgesteld? Indien twee vermogensopstellingen moeten worden opgesteld, kan dan nog worden volgehouden dat de voorgestelde regeling leidt tot lastenverlichting ten opzichte van het huidige recht?

In de commentaren op artikel 216 zoals voorgesteld, is meermalen opgemerkt dat het lastenverhogend en complicerend zal werken. Lastenverhogend omdat bestuurders zich bij het uitvoeren van de uitkeringstest zullen willen of moeten doen bijstaan door accountants, en complicerend omdat zij meer dan thans het geval is, een vrijwaring van de aandeelhouders tegen mogelijke aansprakelijkheid zullen verlangen. Graag vernemen de leden van de CDA-fractie de visie van de regering hierop. Verwacht de regering dat accountants de verantwoordelijkheid voor de juistheid van de uitkeringstoets op zich zullen willen nemen?

De leden van de CDA-fractie zijn bekend met het feit dat ten aanzien van artikel 216 in de memorie van toelichting is gesteld dat het huidige artikel 2:216 BW niet effectief zou zijn getuige twee arresten van de Hoge Raad, en dat de voorgestelde regeling een codificatie vormt van die twee arresten.<sup>2</sup> De twee arresten die worden genoemd zijn Nimox<sup>3</sup> en Reinders Didam<sup>4</sup>. Kan de regering toelichten waarom uit deze arresten voortvloeit dat de regeling als zodanig niet effectief is? Kan uit het feit dat er in de vele jaren waarin met de huidige regeling is gewerkt, slechts enkele uitspraken zijn waarin aanleiding was voor een actie uit onrechtmatige daad dan wel onbehoorlijke taakvervulling, niet met evenveel recht worden afgeleid dat de huidige regeling goed voldoet?

Daarbij komt dat aan de genoemde arresten nogal specifieke casus ten grondslag lagen. Huizink wijst er voorts op dat het arrest inzake Reinders Didam is afgedaan met een beroep op artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (RO).<sup>5</sup> Het komt de leden van de CDA-fractie voor dat het discutabel is of op basis van deze jurisprudentie een zo ingrijpende wijziging van het systeem van vermogensbescherming bij kapitaalvennootschappen kan worden gefundeerd. Graag een reactie.

Een ander aspect is dat het voorgestelde artikel 216 een vorm van interne aansprakelijkheid betreft. Kan de regering toelichten in welk opzicht artikel 216 dan een codificatie vormt van het Nimox-arrest, dat immers betrekking heeft op externe aansprakelijkheid? In zijn artikel wijst Van Veen er voorts op dat het Nimox-arrest betrekking had op aansprakelijkheid van de aandeelhouder – en niet van het bestuur – en voorts dat in het geheel geen uitkeringen hadden plaatsgehad.<sup>6</sup> De vraag is dan ook of en zo ja, in hoeverre de Nimox-casus onder het toepassingsbereik van de regeling van artikel 216, in het bijzonder lid 3, zou kunnen vallen nu er feitelijk geen uitkeringen zijn gedaan.

Als de jaarrekening van de vennootschap ex artikel 2:362 lid 2 BW met inachtneming van de bestemming van de winst of, zolang deze niet vaststaat, het voorstel daartoe wordt opgemaakt en – na een goedkeurende verklaring van de accountant – door de aandeelhoudersvergadering wordt vastgesteld, is daarmee dan gegeven dat het bestuur van de vennootschap veilig, dat wil zeggen zonder vrees voor aansprakelijkheid, de goedkeuring aan het aldus door de aandeelhoudersvergadering genomen besluit tot dividenduitkering kan verlenen? De jaarrekening en daarmee de goedkeurende accountantsverklaring worden immers

<sup>1</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 14.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 24.

<sup>3</sup> HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox).

<sup>4</sup> HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders Didam).

<sup>5</sup> Prof. mr. J.B. Huizink, «Art. 2:216 volgens het wetsvoorstel Flex-BV: niet doen!», *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, afl. 2, nr. 8.

<sup>6</sup> W.J.M. van Veen, «Vermogens bescherming bij de flex-BV : back to basics», in *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* april 2012, afl. 2.

opgesteld op basis van het continuïteitsbeginsel. De leden van de CDA-fractie vragen de regering op deze vragen in te gaan.

### *Criteria uitkeringstest*

De leden van de CDA-fractie vragen of de praktijk met de voorgestelde regeling van artikel 216 uit de voeten kan. In de memorie van antwoord wordt ingegaan op deze vraag.<sup>1</sup> Daarbij speelt bij deze leden ook de zorg – die kennelijk ook door andere fracties wordt gedeeld – dat het vele jaren zal duren voordat in de jurisprudentie duidelijkheid is gecreëerd over de criteria waaraan het bestuur moet voldoen bij het uitvoeren van de uitkeringstest.

De regering verwijst bij de beantwoording van deze vraag naar de notitie van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport<sup>2</sup>. Deze notitie wekt op de eerste pagina inderdaad de suggestie dat de maximale ruimte die voor uitkering beschikbaar is, wordt bepaald door de genoemde gegevens uit de financiële administratie en dat dit bij gebruik van bepaalde software («met een druk op de knop») eenvoudig kan worden vastgesteld. Bij nadere lezing van de notitie en de bijlage daarbij, blijkt evenwel dat de genoemde gegevens uit de financiële administratie niet meer dan indicaties verschaffen en dat het bestuur verantwoordelijk is voor het bepalen van de hoogte van de uitkering waarbij tal van niet-limitatief opgesomde risico's en mogelijke toekomstige gebeurtenissen moeten worden betrokken, waarbij uiteindelijk de rechter bepaalt of het bestuur dit goed heeft gedaan. De notitie biedt derhalve bij nadere lezing geen enkel concreet aanknopingspunt bij het bepalen van de voor uitkering beschikbare ruimte. Integendeel, volgens de leden van de CDA-fractie laat de notitie deze kwestie geheel open. Kan de regering die concrete aanknopingspunten wel geven? Kan de regering bijvoorbeeld een formule geven waarmee aan de hand van de quick ratio en de operationele kasstromen – twee van de financiële indicatoren genoemd in de notitie – kan worden bepaald hoeveel in beginsel mag worden uitgekeerd?

### *Uitkeringsbesluit en bestuursaansprakelijkheid*

Naar aanleiding van de beantwoording van de regering hebben de leden van de **VVD**-fractie nog een aantal vragen over artikel 216, om te beginnen een vraag over de goedkeuring van het bestuur tot winstuitkering.<sup>3</sup> De algemene vergadering stelt de winstuitkering vast, maar dat besluit heeft geen gevolgen zolang het bestuur dit besluit niet heeft goedgekeurd. De enige grond voor weigering van de goedkeuring is – kort geformuleerd – dat het bestuur kan voorzien dat de vennootschap na uitkering haar opeisbare schulden niet meer zal kunnen betalen (lid 2). In dat geval moet het bestuur de goedkeuring weigeren. In lid 3 is geregeld dat, als de vennootschap na uitkering in ernstige betalingsproblemen komt, de bestuurders die ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs de betalingsonmacht konden voorzien, hoofdelijk voor het tekort verbonden zijn jegens de vennootschap, behoudens disculpatie. Er is hier dus sprake van twee verschillende momenten (voorzienbaarheid op het moment van goedkeuring van het besluit en bij de daadwerkelijke uitkering). De regering stelt dat voor de aansprakelijkheid van het bestuur steeds beslissend is het moment waarop het bestuur het dividend betaalbaar stelt. De leden van de VVD-fractie vragen of dit niet betekent dat het bestuur, in de situatie dat zij goedkeuring verleent vóór een besluit tot uitkering, uitsluitend goedkeuring kan verlenen onder de voorwaarde dat op het moment van betaalbaarstelling de betalingsonmacht zich niet zal voordoen.

De regering stelt dat de goedkeuring geen uitdrukkelijk besluit van het bestuur vereist en dat deze ook impliciet kan worden verleend, bijvoorbeeld door betaalbaarstelling van het dividend. Het bestuur zal de

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 13.

<sup>2</sup> Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, 5 november 2008, bijlage bij Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C.

<sup>3</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 12.

redenen van de weigering moeten aangeven en het lijkt vreemd dat het bestuur, ook in het geval als het vóór het besluit tot uitkering weet dat de betalingsonmacht zal ontstaan, wacht tot na het besluit en dan vervolgens stelt dat de uitkering niet kan doorgaan. Is dit niet onredelijk ten opzichte van de aandeelhouders?

Overigens stelt de regering dat indien een besluit tot winstuitkering wordt genomen en het bestuur ten onrechte de goedkeuring verleent, het besluit geldig is en de crediteuren worden beschermd. Zij kunnen het bestuur aansprakelijk stellen. Deze leden menen dat, nu de mogelijkheid er is dat het bestuur pas ingrijpt bij de betaalbaarstelling van het dividend, het vreemd zou zijn als een besluit van de algemene vergadering tot uitkering vernietigd zou kunnen worden als vóór het te nemen besluit de goedkeuring ontbreekt. Graag een reactie van de regering.

De wettelijke regeling kan het bestuur wel in een heel lastig parket brengen, menen de leden van de VVD-fractie. De regering stelt dat indien het bestuur weigert tot uitkering over te gaan terwijl de betalingsonmacht geen rol speelt (dus ten onrechte geen goedkeuring verleent), het bestuur buiten zijn bevoegdheid treedt en de algemene vergadering een weigerachtig bestuur zou kunnen ontslaan. Als de bestuurder echter onterecht goedkeuring verleent, is hij aansprakelijk voor het tekort. Graag een reactie van de regering op dit lastige parket. Verder rijst bij deze leden, naar aanleiding van het antwoord van de regering, nog de vraag hoe de situatie is als het bestuur niet door de algemene vergadering wordt benoemd en ontslagen, zoals bij een structuurvennootschap?

Met betrekking tot artikel 216 lid 3 hebben de leden van de VVD-fractie nog de volgende vragen. De bestuurder die een uitkeringsbesluit uitvoert terwijl betalingsonmacht is te voorzien, wordt onder het nieuwe recht tegenover de vennootschap aansprakelijk voor het door de uitkering ontstane tekort (inclusief wettelijke rente). De vierde volzin van lid 3 verplicht degene die een uitkering ontving, terwijl hij wist of kon voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet kon voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, het daardoor ontstane tekort te vergoeden aan de vennootschap. Ten aanzien van beide verplichtingen is verrekening door de aansprakelijke met zijn eventuele vorderingen op de vennootschap uitgesloten. Voor zover een bestuurder al heeft bijgedragen in het tekort, geschiedt de vergoeding door degene die de uitkering ontving aan de bestuurder, zo volgt uit de vijfde volzin van artikel 216 lid 3. Verrekening is bij deze nieuwe regresvordering van de bestuurder niet uitgesloten, wat betekent dat voor zover de ontvanger van een uitkering een vordering heeft op de bestuurder die het tekort eerder aan de vennootschap heeft voldaan, deze bestuurder met zijn regresvorderingen in de kou komt te staan. Vindt de regering dit niet onbillijk?

De regeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder bestaat niet bij de nv. Bij een bv met meer aandeelhouders kan het daarom aantrekkelijk zijn deze om te zetten in een nv, aldus de leden van de VVD-fractie. Dit geldt met name in sectoren waarin het resultaat sterk fluctueert. De toch al lastige uitkeringstoets kan dan vermeden worden. Schiet de regeling van de uitkeringstoets die bedoeld is om crediteuren te beschermen, dan niet haar doel voorbij?

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de beantwoording van de vragen van de regering over de uitkeringsregeling van artikel 216. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de situatie dat de vennootschap reserves heeft die zij op grond van de wet of statuten moet aanhouden.<sup>1</sup> Zonder dergelijke reserves kan de vennootschap kennelijk wel vermogen uitkeren, met als gevolg dat het eigen vermogen negatief wordt. Kunnen wettelijke en statutaire reserves niet betrekkelijk eenvoudig – door omzetting in kapitaal respectievelijk

<sup>1</sup> *Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 11.*

wijziging van de statuten – worden opgeheven, zodat feitelijk geen verbod geldt voor het doen van uitkeringen indien het eigen vermogen negatief is, dan wel als gevolg van de uitkering negatief wordt?

In het verlengde hiervan ligt de volgende vraag. Een besluit tot uitkering is nietig indien daarbij niet in acht is genomen dat het eigen vermogen als gevolg van de uitkering niet mag dalen beneden het bedrag van de wettelijke en statutaire reserves.<sup>1</sup> Kan de nietigheid in dat geval worden geheeld door een statutenwijziging waarbij de desbetreffende statutaire reserve wordt opgeheven en/of een besluit tot omzetting van de wettelijke reserves in kapitaal?

Uit de memorie van toelichting blijkt dat statutair kan worden bepaald dat de winst die blijkt uit de jaarrekening, onmiddellijk toekomt aan de aandeelhouders.<sup>2</sup> Het recht op dividend komt dan kennelijk tot stand met het vaststellen van de jaarrekening, zonder dat een tot uitkering strekkend besluit is genomen door de algemene vergadering. Kan de regering aan de leden van de CDA-fractie aangeven hoe dit zich verhoudt tot het bepaalde in lid 2 van artikel 216, dat een besluit dat strekt tot uitkering geen werking heeft zolang het bestuur dit niet heeft goedgekeurd?

De leden van de CDA-fractie willen daarnaast ingaan op de beantwoording van de vraag of het vennootschappelijk belang nog enige rol speelt in de besluitvorming over uitkeringen door de algemene vergadering. De memorie van antwoord vermeldt op dit punt dat doordat de aandeelhouders mogelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap na de uitkering niet meer aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen, de aandeelhouders worden aangemoedigd om zich enige rekenschap van de belangen van crediteuren te geven.<sup>3</sup> Het komt de leden van de CDA-fractie echter voor dat het belang van de vennootschap ruimer is dan alleen de belangen van crediteuren. De indruk bestaat – mede door de bedoelde passages in de memorie van antwoord – dat voor toetsing aan het vennootschappelijk belang in volle omvang in de nieuwe regeling geen plaats is. Dit wordt versterkt door hetgeen in de memorie van antwoord wordt opgemerkt ten aanzien van de bevoegdheid van het bestuur om goedkeuring aan een besluit tot uitkering te onthouden. Deze goedkeuring zou het bestuur niet mogen onthouden indien het bestuur het treffen van voorzieningen voor het vervangen van bedrijfsmiddelen of andere investeringen noodzakelijk acht.<sup>3</sup> Onder meer de hoogleraren Huizink en Van Veen hebben erop gewezen dat bestuurders hierdoor in een onmogelijke positie terecht kunnen komen. Enerzijds rust op hen de verplichting om het belang van de vennootschap te dienen, anderzijds laat het voorgestelde artikel 216 dat niet toe omdat goedkeuring slechts kan worden geweigerd indien dit objectief voorzienbaar leidt tot insolventie van de rechtspersoon. Stel bijvoorbeeld dat de vennootschap door het doen van de uitkering of een terugbetaling van kapitaal op zichzelf nog wel haar schulden zal kunnen voldoen, maar daarvoor bijvoorbeeld wel tegen zeer ongunstige condities geld moet lenen, werknemers moet ontslaan en/of een of meer bedrijfsonderdelen zal moeten verkopen dan wel voorzienbaar een op een termijn van twee jaar noodzakelijke vervanging van bedrijfsmiddelen niet meer zal kunnen financieren. Situaties derhalve, waarin de uitkering of terugbetaling weliswaar in strijd is met het belang van de vennootschap maar niet – althans niet binnen een jaar – tot haar insolventie zullen leiden. Als het voorgestelde artikel 216 bestuurders in deze situatie verplicht tot het verlenen van goedkeuring aan de uitkering/terugbetaling, handelen zij daarmee mogelijk in strijd met hun wettelijke plicht om zich (uitsluitend) te laten leiden door het belang van de vennootschap. Het is dan ook de vraag of de voorgestelde regeling wel past in ons systeem waarin niet het aandeelhoudersbelang, maar het vennootschappelijk belang centraal staat

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 12.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 69.

<sup>3</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 11.



bij de normering van de bestuurstaak. Ook in het kader van een bevoegd gegeven instructie wordt van het bestuur verlangd dat het de uitvoering hiervan weigert indien het belang van de vennootschap dit verlangt (artikel 239 lid 4 BW). Het komt de leden van de CDA-fractie voor dat het voorgestelde artikel 216 de bestuurders in een onmogelijke positie kan brengen doordat zij moeten voldoen aan twee gedragsnormen die tot een tegengestelde handelwijze nopen.

Aan de bovenstaande vragen willen de leden van de CDA-fractie nog toevoegen, dat in de memorie van antwoord is aangegeven dat voor het moment van aansprakelijkheid van het bestuur, het moment van betaalbaarstelling van het dividend bepalend is.<sup>1</sup> Dit kan in concernverband tot problemen leiden: hoe moet de «dividend *upstreaming*» worden georganiseerd als op ieder niveau tot het laatste moment moet worden gecheckt of voor de betreffende bv's aan de uitkeringstest wordt voldaan?

Uit de behandeling van artikel 216 lijkt voort te vloeien dat de aansprakelijkheid van bestuurders is gemaximeerd tot het bedrag van de uitkeringen, eventueel te verhogen met het bedrag van de wettelijke rente. Zien de leden van de CDA-fractie dit correct? Indien de schade voor de vennootschap als gevolg van de handelwijze van het bestuur dan wel de aandeelhouders hoger is dan het genoemde bedrag, kan vergoeding van dit meerdere dan nog worden gevorderd?

De regering geeft in de memorie van antwoord aan dat de goedkeuring of weigering door het bestuur van een dividenduitkering geen uitdrukkelijk besluit vereist. Goedkeuring zou impliciet mogen plaatsvinden, bijvoorbeeld door betaalbaarstelling van het dividend, of juist door de weigering daarvan. De leden van de **D66**-fractie wijzen er echter op dat de regering in de nota naar aanleiding van het verslag nog anders leek te overwegen: «Het zal moeten gaan om een besluit van het bestuur. Met het niet maken van bezwaar kan, gelet op de verantwoordelijkheid van het bestuur bij uitkeringen, niet worden volstaan. Om beter tot uitdrukking te brengen dat het om een besluit moet gaan, wordt bij nota van wijzing het begrip instemming vervangen door goedkeuring.»<sup>2</sup> Deze leden vragen of het eerder door de regering ingenomen standpunt niet meer recht doet aan de positie van het bestuur bij uitkeringen. Het bestuur zal zich een oordeel moeten vormen over de vraag of de vennootschap na uitkering nog zal kunnen voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden. Indien het bestuur goedkeuring aan een uitkering verleent terwijl het weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering in betalingsproblemen zal geraken, dreigt aansprakelijkheid van de bestuurders die goedkeuring aan de uitkering hebben verleend. Individuele bestuurders kunnen zich disculperen indien de uitkering niet aan hen te wijten is en zij voldoende maatregelen hebben getroffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Aan de beslissing om wel of niet goedkeuring aan een dividend te verlenen, zal in de regel derhalve een analyse van de vermogenspositie van de vennootschap ten grondslag liggen. Zou het met oog op deze beoordeling, de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheidsgevolgen en de mogelijkheden voor bestuurders om zich te disculperen omdat zij tegen de uitkering hebben gestemd, niet de voorkeur hebben dat de +goedkeuring de vorm heeft van een uitdrukkelijk bestuursbesluit? Hetzelfde geldt voor de weigering van het dividend, nu het bestuur daardoor *de facto* gebruik maakt van haar vetorecht in de besluitvormingsfase.

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 14.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 50.

## Bescherming crediteuren

Bij de leden van de **CDA**-fractie rijst de vraag of de positie van crediteuren verbetert ten opzichte van de huidige situatie. Naar huidig recht zou een uitkering immers nietig zijn indien het eigen vermogen als gevolg van de uitkering daalt beneden het bedrag van het geplaatste en gestorte deel van het kapitaal, eventueel te verhogen met wettelijke of statutaire reserves. Het gestorte deel van het kapitaal en de eventuele wettelijke en statutaire reserves vormen een buffer ten behoeve van de crediteuren van de vennootschap. Deze bescherming valt in haar geheel weg. Crediteuren genieten slechts nog enige bescherming in gevallen waarin de uitkering jegens hen onrechtmatig is doordat voorzienbaar was dat de vennootschap als gevolg van de uitkering haar schulden niet zou kunnen voldoen. Slechts indien de bestuurders (en eventueel aandeelhouders) wisten of behoorden te weten dat de vennootschap binnen een periode van (in beginsel) een jaar niet meer aan haar opeisbare schulden kan voldoen, leidt dit tot aansprakelijkheid. De bedoelde wetenschap moet dan bovendien nog worden bewezen. Het huidige recht stelt hier een eenduidige norm tegenover, die bij schending bovendien leidt tot nietigheid van het besluit en een terugbetalingsplicht van de aandeelhouders, aangevuld met een vordering tot schadevergoeding indien de schade hoger is. Een actie wegens veronachtzaming van crediteuren is naar huidig recht slechts het vangnet. De bescherming van de belangen van crediteuren wordt aldus onmiskenbaar gereduceerd ten opzichte van het huidige recht. Van Veen merkt naar aanleiding hiervan op dat de voorgestelde regeling de bescherming van crediteuren reduceert tot het absolute minimum.<sup>1</sup> De leden van de CDA-fractie zouden hieromtrent gaarne een reactie vernemen.

## Faillissementspauliana

In de memorie van antwoord geeft de regering te kennen dat het voorgestelde artikel 2:216 BW een specifieke regeling bevat ten opzichte van de *actio pauliana*. Daarom zou het «in de rede liggen dat de vennootschap, dan wel de curator, zich beroept op artikel 2:216 BW en niet op artikel 42 Faillissementswet (Fw) indien een uitkering heeft geleid tot het niet kunnen voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden».<sup>2</sup> Vervolgens geeft de regering aan dat crediteuren buiten faillissement gebruik kunnen maken van de *actio pauliana* uit artikel 3:45 Fw. Begrijpen de leden van de **D66**-fractie de regering goed, dat het weliswaar «in de rede ligt» dat een curator zijn vordering jegens de aandeelhouders vanwege een ongeoorloofde uitkering primair baseert op de bijzondere regel in het voorgestelde artikel 2:216 lid 3 BW, maar dat aantasting van het dividend op grond van de faillissementspauliana tevens mogelijk blijft? In rechtspraak en literatuur lijkt consensus te bestaan dat een uitkering voor aantasting op grond van artikel 42 e.v. Fw vatbaar is.<sup>3</sup> Indien dividenduitkeringen na invoering van het nieuwe artikel 2:216 BW niet langer zouden kunnen worden vernietigd op grond van de (faillissements)pauliana, zou de eigenaardige situatie ontstaan dat voor transacties tussen de vennootschap en haar aandeelhouders en derden onder omstandigheden strengere eisen gelden dan voor uitkeringen aan aandeelhouders, waarbij het eigen vermogen van de vennootschap om niet ten behoeve van de aandeelhouders wordt verminderd (zie bijvoorbeeld de bewijsvermoedens in artikel 45 Fw). Hierdoor zou het wetsvoorstel *de facto* een verlichting betekenen voor de aansprakelijkheid van aandeelhouders bij uitkeringen; dat staat haaks op de opmerking van de regering dat beoogd wordt geen wijziging aan te brengen in het huidige (materiële) normenkader inzake uitkeringen. Zien de leden van de D66-fractie het goed dat een dividenduitkering aantastbaar blijft op grond van de faillissementspauliana, indien deze voldoet aan de eisen van artikel

<sup>1</sup> W.J.M. van Veen, «Vermogens bescherming bij de flex-BV : back to basics», in *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* april 2012, afl. 2, p. 29.

<sup>2</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 13.

<sup>3</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Timmerman bij HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 en R.J. de Weijts & J. Barneveld, «Aantasting van dividend in schijnbaar complexe transacties», *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2010, afl. 7, p. 38–47 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

42 Fw e.v.? Graag een reactie.

#### *Verhouding met onrechtmatige daad*

De leden van de D66-fractie zouden gaarne van de regering vernemen hoe zij de verhouding tussen het voorgestelde artikel 2:216 BW en de onrechtmatige daad uit artikel 6:162 BW ziet. Thans komt het in de praktijk met regelmaat voor dat crediteuren – of namens hen de curator – bestuurders en/of aandeelhouders aanspreken vanwege onrechtmatige dividenduitkeringen op grond van onrechtmatige daad. Ondanks de daarop gerichte vragen van de fractieleden van het CDA, is niet helder of de nieuwe regeling gevolgen heeft voor een eventuele samenloop tussen een vordering op grond van artikel 2:216 BW en op grond van onrechtmatige daad. Zien deze leden het juist dat aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (naast artikel 2:216 lid 3 BW) mogelijk blijft? Dit betekent dat individuele crediteuren zich in faillissement kunnen verhalen op de bestuurders en aandeelhouders van de vennootschap vanwege benadelende dividenduitkeringen, zij het dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement met zich kan brengen dat, indien ook de curator vanwege de uitkering een vordering uit artikel 2:216 lid 3 BW of onrechtmatige daad geldend maakt jegens de betreffende bestuurder of aandeelhouder, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.<sup>1</sup> Graag een reactie.

#### **4. Bescherming van aandeelhouders**

##### *Bescherming van minderheidsaandeelhouders*

In de memorie van antwoord bevestigt de regering naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie, dat de voorgestelde regeling in artikel 181 lid 5, die correspondeert met artikel 181 lid 6 uit het oorspronkelijke ontwerp, een bres slaat in de bescherming van minderheidsaandeelhouders.<sup>2</sup> De leden van **CDA**-fractie hebben er nota van genomen dat de regeling voortkomt uit een amendement, maar tevens dat deze met instemming van de regering ter stemming is voorgelegd in de Tweede Kamer. De bres wordt geslagen bij de omzetting van een bv in een nv. De leden van de CDA-fractie hechten er aan dat deze bres wordt gedicht, door van het toepassingsbereik van artikel 181 lid 5 de omzetting van een besloten vennootschap in een naamloze vennootschap uit te sluiten. Anders wordt de elders geboden bescherming feitelijk illusoir gemaakt. De leden van de CDA-fractie vroegen ook om een toelichting waarom alleen de werking van artikel 231 lid 4 wordt uitgesloten. In de memorie van antwoord is te lezen dat hiermee wordt voorkomen dat zowel bescherming tegen statutenwijziging wordt geboden, alsook een recht op uittreden met schadeloosstelling.<sup>3</sup> De artikelen 195 lid 3, 216 lid 8, 226 lid 2, 228 leden 4 en 5, 242 lid 1, 252 lid 1 en 253 zouden, aldus de memorie van antwoord, geen bescherming bieden tegen wijziging van specifiek statutaire bepalingen. Dit laatste lijkt toch niet juist. Artikel 231 lid 4 biedt bescherming tegen de wijziging van statutaire bepalingen, waarbij die bescherming het karakter heeft van een (groeps)besluit van de desbetreffende aandeelhouders. De andere genoemde artikelen bieden eveneens – en bovendien een verdergaande – bescherming tegen wijziging van statutaire bepalingen, waarbij die bescherming bestaat uit een individueel vetorecht van nu eens bepaalde aandeelhouders, dan weer elke aandeelhouder. Zonder de bedoelde individuele instemming komt het besluit tot statutenwijziging niet tot stand, met als gevolg dat ook de omzetting niet tot stand komt. In de gevallen waarin wenselijk is dat de werking van artikel 231 lid 4 wordt uitgesloten, zou toch zeker ook de werking van de andere genoemde bepalingen moeten worden uitgesloten, aldus de leden van de CDA-fractie. Kan de regering hierop in gaan?

<sup>1</sup> HR 21 december 2001, *Jurisprudentie Onderneming & Recht* 2002/37.

<sup>2</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 17–18.

<sup>3</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 18.

In antwoord op de vraag of de regering kan instemmen met analoge toepassing van artikel 242 lid 1, tweede volzin, op een besluit tot statutenwijziging waarbij de bevoegdheid tot het verlenen van een concrete instructie wordt ingevoerd, ingetrokken of gewijzigd, antwoordt de regering dat hier naar huidig recht geen behoefte aan bestaat. De leden van de CDA-fractie achten dit mogelijk juist maar naar huidig recht betreft deze bevoegdheid slechts de bevoegdheid om op nader bepaalde beleidsgebieden algemene richtlijnen te geven. Volgens de voorgestelde regeling kan deze bevoegdheid het geven van concrete instructies zonder beperkingen betreffen. Dit gaat beduidend verder dan de huidige regeling toestaat. Het stelt een meerderheidsaandeelhouder in staat om de macht naar zich toe trekken. Inderdaad zal een minderheidsaandeelhouder via rechterlijke tussenkomst kunnen proberen de situatie te herstellen, maar hier zijn kosten en persoonlijke belasting mee gemoeid, terwijl het belang van de minderheidsaandeelhouder het maken van deze kosten niet rechtvaardigt. Is het niet juist de bedoeling van bepalingen als artikel 242 lid 1 tweede volzin, om te voorkomen dat minderheidsaandeelhouders de bezwaarlijke weg van rechterlijke tussenkomst moeten maken? Met analoge of expliciete overeenkomstige toepassing van artikel 242 lid 1, tweede volzin, zou dit worden bewerkstelligd. De leden van de CDA-fractie hechten er aan dat de belangen van minderheidsaandeelhouders zorgvuldig in wetgeving worden verankerd.

#### *Bescherming bij prijsbepaling aandelen*

Van de toelichtende opmerkingen met betrekking tot de werking van artikel 192a hebben de leden van de CDA-fractie met belangstelling kennisgenomen. In het bijzonder het gegeven dat de deskundigen bij het vaststellen van de waarde van de aandelen bij toepassing van artikel 192a, rekening moeten houden met het feit dat de verkrijgende aandeelhouder is gebonden aan de verplichting of eis, maar ook, zo begrijpen de leden van de CDA fractie, aan een op grond van artikel 192 lid 3 en 195 lid 4 bij statutenwijziging ingevoerde afwijkende prijsbepalingsregeling. Juist met betrekking tot deze prijsbepalingsregeling rijst de vraag of de regeling adequaat is.

Dit laat zich illustreren aan de hand van een voorbeeld. De statuten bepalen dat de aandeelhouder recht heeft op de waarde, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. Door statutenwijziging wordt hierin wijziging gebracht in die zin dat een aandeelhouder nog slechts recht heeft op een waarde gelijk aan 80% van de intrinsieke waarde van het aandeel. Een aandeelhouder die niet instemt, is niet aan deze wijziging gebonden, aldus de genoemde bepalingen (artikel 192 lid 3 en 195 lid 4). Indien echter vervolgens bij de bepaling van de prijs in het kader van een verplichte of vrijwillige overdracht, de deskundigen moeten verdisconteren dat de verkrijgende aandeelhouder aan de nieuwe regeling is gebonden, kan het niet anders dan dat dit in een lagere prijs tot uitdrukking komt. De genoemde artikelen bieden aldus feitelijk geen bescherming tegen de invoering van een waardedrukkende prijsbepalingsregeling. Pleit dit er niet voor, zoals in de literatuur is betoogd, dat bij wijzigingen van bepalingen die betrekking hebben op de prijsbepaling van aandelen, dezelfde bescherming wordt toegekend als waarin de wet voorziet bij wijzigingen van het winstrecht (artikel 216 lid 8)?

#### *Stortingsplicht ex artikel 208*

Kan de regering toelichten aan de leden van de CDA-fractie waarom, indien sprake is van vermindering van het nominale bedrag van slechts een deel van de aandelen, geen sprake zou kunnen zijn van terugbetaling of ontheffing van de stortingsplicht? Dit kan toch onderdeel zijn van de arrangementen die de aandeelhouders en de vennootschap hebben

getroffen? Naar huidig recht zou dit althans niet op problemen stuiten, menen deze leden.

#### *Ondertekening jaarrekening aandeelhouders ex artikel 210 lid 5*

De regering geeft aan dat een aandeelhouder die geen decharge wil verlenen, maar moet afzien van ondertekening van de jaarrekening. Hiermee zijn evenwel niet alle problemen opgelost, menen de leden van de CDA-fractie. Indien de jaarrekening op zichzelf deugdelijk is, is er materieel geen grond om ondertekening te weigeren. Daarbij komt dat de wet voorschrijft dat de jaarrekening binnen een bepaalde termijn door het bestuur moet zijn opgemaakt. Indien de meerderheid van de bestuurders geen kwijting wenst te verlenen of indien er sprake is van twee bestuurders, ontstaat voor de desbetreffende bestuurders een onmogelijke positie. Om aan hun wettelijke plicht te voldoen, moeten zij tekenen, maar om de mogelijkheid tot aansprakelijkheidstelling op grond van onbehoorlijke taakvervulling te kunnen behouden, mogen zij niet tekenen. Juist om deze spanning weg te nemen, zijn de vaststelling van de jaarrekening en het verlenen van decharge destijds losgekoppeld. De leden van de CDA-fractie zijn derhalve vooralsnog niet overtuigd door het antwoord van de regering. Kan de regering toelichten, zo vragen deze leden, wat wordt bedoeld met de opmerking dat het aandeelhouders vrij staat om hierover een nadere regeling te treffen in de statuten? Bedoelt hij daarmee dat in de statuten rechtsgeldig kan worden opgenomen dat ondertekening van de jaarrekening wel leidt tot haar vaststelling, maar niet tot het verlenen van decharge, zodat voor het verlenen van decharge een afzonderlijk besluit van de algemene vergadering is vereist? Graag een reactie.

#### *Omzetting aandelen ex artikel 216 lid 8*

Brengt de beantwoording van de regering ook mee dat bij meerderheidsbesluit bepaalde gewone aandelen kunnen worden geconverteerd in preferente aandelen die slechts recht geven op 2% van de nominale waarde van de aandelen? De vraag komt bij de leden van de CDA-fractie op omdat in de memorie van antwoord doorslaggevend is of de wijziging leidt tot een lagere winstuitkering, en niet of zij kán leiden tot een lagere winstgerechtigdheid. Is de regering niet bevreesd dat deze interpretatie gemakkelijk kan leiden tot chicanes gedrag? Uiteraard staat de gang naar de rechter open, maar zijn bepalingen als de onderhavige nu juist niet gericht op het voorkomen van de noodzaak tot de gang naar de rechter? Kunnen problemen als deze niet beter worden ondervangen door net als bij wijzigingen ten aanzien van het stemrecht, ook bij wijzigingen in het winstrecht de instemming van alle aandeelhouders te verlangen? Deze oplossing is ook gekozen in het Arubaanse recht (artikel 45 lid 3 Landsverordening VBA) waarin instemming wordt verlangd van alle aandeelhouders in wier rechten wijziging wordt gebracht. Er behoeft dan geen afbreuk van rechten te zijn. Graag een reactie van de regering.

## **5. Fiscale aspecten**

### *Fiscale transparantie*

Recentelijk is in het Weekblad Fiscaal Recht een artikel verschenen waarbij de suggestie wordt gedaan voor fiscale transparantie.<sup>1</sup> Dit zou in lijn met de flexibilisering van het bv-recht ook het fiscale aspect flexibiliseren, aldus de leden van de **VVD**-fractie. Kan de regering deze gedachte meenemen bij de verkenning naar een winstbox voor ondernemers, en daarover haar visie geven in het licht van het onderhavige wetsvoorstel?

<sup>1</sup> Dr. J.L. van de Streek, «Proefballonnen voor de toekomst van de vennootschapsbelasting», *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2012/329.

## Zeggenschapseis

De leden van de **CDA**-fractie vragen aandacht voor een passage in de memorie van toelichting<sup>1</sup> behorend bij het wetsvoorstel «Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht» (32426), waarin de regering een voornemen tot wijziging van artikel 2 Besluit fiscale eenheid 2003 aankondigt. Deze wijziging beoogt zeker te stellen dat een fiscale eenheid ook na de flexibilisering alleen mogelijk is als de moedermaatschappij ook (minimaal 95% van) de stemrechten heeft in de dochter. De leden van de CDA-fractie verzoeken de regering aan te geven of in deze passage niet ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat zulks ook onder de huidige regelgeving het geval is. Deze leden zijn van mening dat een dergelijke zeggenschapseis thans niet wordt gesteld en dat de gewenste flexibilisering onnodig wordt versterkt door deze eis in te voeren. Een gevolg hiervan is dat het in de toekomst niet langer meer mogelijk is dat een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting wordt gevormd indien *stakeholders* van de bv (kredietverstrekkers, leveranciers, afnemers et cetera) meer dan 5% zeggenschap in de bv eisen. Ook voor bestaande fiscale eenheden heeft dit mogelijk consequenties (einde fiscale eenheid). In onderstaande passages wordt dit toegelicht.

### *Huidige situatie*

Artikel 15 eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt thans dat een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom dient te bezitten van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij), willen zij een fiscale eenheid kunnen vormen voor de vennootschapsbelasting. Artikel 15 tiende lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gegeven tot verzekering van de heffing en invordering van de belasting in het geval dat de moedermaatschappij niet alle aandelen in de dochtermaatschappij bezit. In artikel 2 Besluit fiscale eenheid 2003 is van deze door de wetgever geboden mogelijkheid gebruik gemaakt voor de situatie dat de belastingplichtige niet van elke soort aandelen in het bezit is van 95% van de juridische en economische eigendom. Voor de situatie dat het aandelenkapitaal van de dochter maar uit één soort aandelen bestaat, is bij algemene maatregel van bestuur niets geregeld. Artikel 2 Besluit fiscale eenheid 2003 bepaalt onder andere dat in het geval de vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, er – ondanks dat de moedermaatschappij niet van elke soort aandelen in het bezit is van ten minste 95% van de juridische en economische eigendom – een fiscale eenheid mogelijk is als de aandelen in de dochtermaatschappij(en) die de moedermaatschappij (wel) bezit altijd recht geven op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de dochter. Ten aanzien van de zeggenschapsrechten in de dochtermaatschappij wordt niets opgemerkt. In dit kader is het bepaalde in artikel 228 vijfde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van belang. Dit lid bepaalt dat statutair het stemrecht per aandeelhouder kan worden gemaximeerd tot zes stemmen per eenzelfde aandeelhouder indien het maatschappelijk kapitaal is verdeeld in honderd aandelen of meer, en tot drie stemmen per eenzelfde aandeelhouder indien het kapitaal in minder dan honderd aandelen is verdeeld. Zoals hierna in een voorbeeld wordt uitwerkt, kan in een dergelijke situatie thans wel een fiscale eenheid bestaan. Gelet op bovenstaande passage in de memorie van toelichting zou dit na de flexibilisering niet meer kunnen. Betoogd zou namelijk kunnen worden dat de aandeelhouder in deze situatie wel het bezit heeft van meer dan 95% van de stemrechten, maar dat hij enkel door zijn persoonlijke situatie (hij

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 10.

bezit zoveel aandelen dat hij het stemrecht niet van ieder aandeel kan effectueren) geen 95% van de stemmen kan uitbrengen. Dit kan aan de hand van een voorbeeld worden geïllustreerd. «M» bv bezit de juridische en economische eigendom van 96% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in «D» bv. De resterende 4% is in handen van vier andere aandeelhouders (ieder 1%). Het nominaal gestorte aandelenkapitaal bestaat uit 10 000 aandelen met een nominale waarde van € 10 (nominaal gestort aandelenkapitaal van D bv bedraagt € 100 000). M bv bezit de juridische en economische eigendom van 9600 aandelen, en de overige aandeelhouders de eigendom van ieder 100 aandelen (aandelen van een bijzondere soort, bijv. prioriteitsaandelen). Het stemrecht is statutair vastgesteld op één stem per aandeel, doch gemaximeerd tot maximaal zes stemmen per aandeelhouder. (let op: als sprake zou zijn van gewone aandelen is er sprake van slechts één soort). M bv bezit dus weliswaar 9 600 stemmen (96%), maar kan in deze situatie slechts 20% van de stemmen in de aandeelhoudersvergadering van D bv uitbrengen (6 van de 30 stemmen). Zij voldoet aan de eisen die artikel 15 eerste lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in samenhang met artikel 2 Besluit fiscale eenheid 2003 stelt voor het vormen van een fiscale eenheid met D bv. Immers, M bv bezit de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen, en de aandelen geven altijd recht op ten minste 95% van de winst en het vermogen van D bv.

### *Beoogde wijziging*

In de memorie van toelichting behorend bij het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt aangegeven dat door de flexibilisering van de stemrechten op aandelen, de situatie zich kan voordoen dat de stemrechten en winstrechten over verschillende aandelen worden verdeeld.<sup>1</sup> Aangekondigd wordt dat, teneinde zeker te stellen dat een fiscale eenheid alleen mogelijk is indien de moedermaatschappij ook 95% van de stemrechten in de dochter bezit, artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003 zal worden aangepast. In het nieuwe artikel zal tot uitdrukking worden gebracht dat de moedermaatschappij ook 95% van de stemrechten in de dochter moet bezitten. Artikel 15 tiende lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 creëert in de aanhef de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur regels te geven tot verzekering van de heffing en invordering van de belasting. In het vervolg van het artikellid wordt aangegeven dat onder die regels mede worden begrepen regels voor een aantal genoemde situaties, waaronder in onderdeel b de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet alle aandelen in de dochtermaatschappij bezit. Het ligt voor de hand dat ook in dat geval de regels betrekking moeten hebben op de verzekering van de heffing en invordering van de belasting. De invulling die thans in het Besluit fiscale eenheid 2003 daaraan wordt gegeven, heeft daar ook betrekking op, door regels te stellen om te voorkomen dat de ontbrekende aandelen recht geven op een onevenredig groot deel van de winst of het vermogen, waardoor bijvoorbeeld winst- dan wel verliescompensatie zou worden verschoven. Welke heffings- of invorderingsbelangen zijn gediend met het stellen van zeggenschapsrechten, blijft vooralsnog onduidelijk. De rechtmatigheid van het beoogde besluit lijkt hierdoor te ontbreken.

### *Belang voor de praktijk*

In de huidige financieringspraktijk is het niet ongebruikelijk dat banken/kredietverstrekkers als gevolg van de slechte financiële situatie bij bedrijven aan deze ondernemingen/bv's enkel nog krediet verstrekken indien zij voldoende controle op, respectievelijk zeggenschap in de betreffende onderneming /bv krijgen. Ook andere *stakeholders* van de onderneming/bv stellen in sommige gevallen dergelijke eisen. Om te

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 10.

bewerkstelligen dat zij voldoende controle/zeggenschap krijgen, maar toch een fiscale eenheid met de moedermaatschappij mogelijk blijft, wordt in de praktijk gebruik gemaakt van de hiervoor behandelde statutaire mogelijkheid die de zeggenschapsrechten per aandeelhouder maximeert tot zes respectievelijk drie stemmen, waarbij de minderheidsbelangen van de kredietverstrekker desgewenst bestaan uit prioriteitsaandelen. In de praktijk bestaat hieraan behoefte; veelal willen *stakeholders* wel controle/zeggenschap uitoefenen, maar worden de verantwoordelijkheden van een commissariaat hiervoor te belemmerend gevonden. Het kan naar de mening van de leden van de CDA-fractie niet de bedoeling zijn dat in het kader van flexibilisering fiscale drempels worden opgeworpen die de flexibilisering tegengaan. Graag vernemen zij een reactie van de regering op bovenstaande.

## 6. Overig

### *Adviesrecht bestuurders en commissarissen*

Lid 4 van het huidige artikel 2:227 (idem lid 4 van artikel 2:117) houdt in dat bestuurders en commissarissen als zodanig in de algemene vergadering een raadgevende stem hebben. Sinds 1 april 1929 staat dat voorschrift in de wet, constateren de leden van de **VVD**-fractie. In het verleden is de vraag gerezen of dit adviesrecht ook bestaat indien sprake is van een besluit buiten vergadering, nu een dergelijk besluit (bij de bv thans nog) met algemene stemmen moet worden genomen. De rechtspraak heeft uitgemaakt dat ook bij besluiten buiten vergadering het adviesrecht bestaat, tenzij onder bijzondere omstandigheden aan deze regel wordt gederogerd door artikel 2:8. Het adviesrecht in de algemene vergadering is opgenomen in lid 7 van het nieuwe artikel 2:227 en in artikel 2: 238 lid 2, waar het gaat om besluitvorming buiten vergadering (zie ook artikel 2:224 lid 2 en 2:226 lid 3).

Aan de regering is de vraag gesteld of het adviesrecht ook geldt voor vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Hoewel artikel 2:227 en derhalve ook lid 7, gaat over de algemene vergadering, geeft de regering toch een positief antwoord. Zij wijst op het belang van de vennootschap en geeft als argument artikel 2:238 lid 2, laatste zin, dat bepaalt dat bij besluiten buiten vergadering het adviesrecht ook geldt. De leden van de VVD-fractie kunnen deze redenering niet volgen. Het adviesrecht geldt in de algemene vergadering en omdat het ook geldt bij besluiten buiten vergadering, geldt het dan ook maar voor andere besluiten dan die van de algemene vergadering; namelijk voor vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Kan de opvatting van de regering uit de wet worden afgeleid? Is de regering het met deze leden eens dat dit betekent dat het adviesrecht bijvoorbeeld ook geldt indien de houders van een bepaalde soort of aanduiding (ook van stemrechtloze aandelen) vergaderen op grond van artikel 2:231 lid 4? Graag een reactie.

### *Hoofdelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders*

Uit de beantwoording van de vraag naar de regeling betreffende de aansprakelijkheid van aandeelhouders jegens derden op grond van een statutaire regeling, blijkt dat de regering aanneemt dat door de statutaire regeling een verbintenisrechtelijke verhouding tot stand komt tussen de aandeelhouder en derde.<sup>1</sup> Kan de regering – zo vragen de leden van de **CDA**-fractie – aangeven hoe voor derden kenbaar kan zijn wie de aandeelhouders zijn van de vennootschap? De statuten zijn openbaar, maar gegevens over wie de aandeelhouders zijn – anders dan in het geval dat alle aandelen in een hand zijn – worden niet openbaar gemaakt. Overweegt de regering bijvoorbeeld om in navolging van de Arubaanse

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 15.



regeling voor de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA), inschrijving van de aansprakelijke aandeelhouders met vermelding van de aard en omvang van hun aansprakelijkheid in het handelsregister op te nemen, zodat een enigszins vergelijkbare situatie bestaat als ten aanzien van de vennootschap onder firma, waarnaar de memorie van antwoord verwijst? In het verlengde hiervan rijst bij deze leden ook de vraag of de gevolgen van wijziging of intrekking van de aansprakelijkheidsregeling niet in de wettelijke regeling zouden moeten worden vastgelegd. In de literatuur is hiervoor wel gepleit. Graag een reactie van de regering.

#### *Uitkeringsdrempel*

In de memorie van toelichting geeft de regering aan dat vennootschappen die zich jegens derden wensen te afficheren met een (hoge) uitkeringsdrempel, daartoe maar een niet uitkeerbare statutaire reserve moeten aanhouden. Dit geeft de leden van de CDA-fractie aanleiding tot enkele vragen. Allereerst hebben zij de vraag hoe de vennootschap hieraan uitvoering zou moeten geven. Wordt het mogelijk om het bedrag van de statutaire reserves op te geven bij het Handelsregister? Een ander punt is dat, teneinde zich met een uitkeringsdrempel te kunnen afficheren, de uitkeringsdrempel ook enigszins moet zijn geborgd. Ten aanzien van de statutaire reserves is dit niet het geval omdat zij door statutenwijziging kunnen worden opgeheven. Ook het bedrag van het kapitaal is niet meer geborgd omdat aan de terugbetaling daarvan geen restricties zijn gesteld, zoals dat het eigen vermogen ten minste gelijk moet blijven aan het bedrag van het kapitaal na terugbetaling, eventueel te verhogen met wettelijke of statutaire reserves. Het kapitaal zal ook niet meer worden ingeschreven in het Handelsregister, zo begrijpen de leden van de CDA-fractie. In de literatuur is er dan ook op gewezen dat de nieuwe regeling meebrengt dat besloten vennootschappen zich niet meer kunnen afficheren met een relatief (hoge) uitkeringsdrempel en dat de bv op dit punt aan transparantie en flexibiliteit inboet. Kan de regering op deze vragen ingaan?

De leden van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie zien de reactie van de regering – graag binnen vier weken – met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie,  
Broekers-Knol

De griffier voor dit verslag,  
Van Dooren