

**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)**

**Nr.**                **NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

### **1. Inleiding**

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het nadere verslag van Uw Kamer. Ik ben de CDA-fractie erkentelijk voor de herhaalde complimenten over de aanpak van de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht op het departement. Met de leden van de CDA-fractie verwacht ik dat deze nadere schriftelijke behandeling de praktijk zoveel mogelijk duidelijkheid biedt over de juridische implicaties van de beide wetsvoorstellen. Ik hoop dat de wetsvoorstellen zo snel mogelijk in werking zullen kunnen treden, zodat het bedrijfsleven zal kunnen profiteren van de vereenvoudiging en lastenvermindering die dit wetsvoorstel bewerkstelligt.

Een belangrijk aspect van de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht is dat vennootschappen beter op maat gesneden kunnen worden naar de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders. Dit geeft de voor economische bedrijvigheid zo gewenste vrijheid. Nederland is gebaat bij toename van de economische activiteit, die niet onnodig gehinderd wordt door regels voor de oprichting en de inrichting van besloten vennootschappen waarin die activiteiten plaatsvinden. Daar is dit wetsvoorstel voor bedoeld. Voor zover de nieuwe voorschriften zouden leiden tot interpretatievragen, zal de rechterlijke macht daarin sturing kunnen geven. Ik verwacht in dat verband geen bijzondere problemen.

Voor de beantwoording van de vragen is de volgorde in het nader voorlopig verslag aangehouden. BDO Accountants heeft Uw Kamer ten tweede male een brief gestuurd met vragen van uitleg over het wetsvoorstel. Zoals door de CDA-fractie is verzocht, zal ik bij de beantwoording van de vragen van de CDA-fractie de punten uit die brief d.d. 22 maart 2012 betrekken die daarmee raakvlakken hebben. Aan het einde van deze nadere memorie van antwoord ga ik bovendien nog in op enkele andere punten uit de BDO-brief, die ik niet onbesproken wil laten.

In het nader voorlopig verslag is een aantal vragen gesteld over de meerwaarde van het voorgestelde systeem van crediteurenbescherming ten opzichte van het bestaande stelsel. Voor de Commissie vennootschapsrecht zijn deze vragen aanleiding geweest om een advies aan mij uit te brengen. De Commissie vennootschapsrecht concludeert dat een heroverweging van het voorgestelde artikel 216 niet in de rede ligt en geeft mij in overweging om dit aan Uw Kamer kenbaar te maken. Hieraan geef ik graag gevolg door het advies van de Commissie als bijlage bij de nadere memorie van antwoord aan Uw Kamer toe te sturen.

## **2. Algemeen**

### *2.1. Herziening wetgeving*

De leden van de **VVD**-fractie verwijzen naar de aangekondigde bredere herziening van de geschillenregeling. Zij vragen wanneer de regering verwacht het wetsontwerp herziening geschillenregeling in te dienen.

De leden van de **VVD**-fractie hebben in het voorlopig verslag verwezen naar een achttal aanbevelingen aangaande de gedwongen overname van aandelen in het preadvies over de geschillenregeling van mr. C.D.J. Bulten voor de Vereniging Handelsrecht uit oktober 2011. Ik heb daarop aangegeven dat in 2012 de voorbereidingen zullen worden gestart voor een aanvullende herziening van de geschillenregeling en dat daarbij ook de aanbevelingen van mevrouw Bulten zullen worden betrokken. Teneinde te bepalen op welke punten de geschillenregeling aanpassing behoeft, is nadere besluitvorming en consultatie van marktpartijen nodig. De ambtelijke voorbereiding van dit wetsvoorstel is inmiddels gestart. Het is mijn bedoeling om dit jaar een wetsontwerp voor consultatie te publiceren. Vanwege de demissionaire status van het kabinet zal een definitief standpunt over herziening van de geschillenregeling aan een nieuw kabinet overgelaten moeten worden.

De leden van de **CDA**-fractie constateren dat de regering in de diverse fasen van de behandeling toezeggingen heeft gedaan tot aanpassing van het wetsvoorstel. Zij vragen of daartoe een reparatiewet tegemoet kan worden gezien en zo ja, wanneer.

Aangezien het bij de toezeggingen om geringe aanpassingen van technische aard gaat, zullen deze hetzij in een veegwet, hetzij bij een eerdere gelegenheid in een wetsvoorstel op het terrein van het ondernemingsrecht worden meegenomen.

### *2.2. 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 (Kamerstukken I 2009/10, 31 763, A), artikel I, onderdeel ZZ van het gewijzigd voorstel van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstukken I 2009/20, 31 058, A), artikel III aanhef en onderdeel A van de Wet bestuur en toezicht en de artikelen II, III en IV van het wetsvoorstel voor de reparatiewet bestuur en toezicht (Kamerstukken II 2010/11, 32873, nr. 2).

De wet bestuur en toezicht regelt in artikel I, onderdeel Ka de invoering van een monistisch bestuursstelsel bij de bv. Indien de Wet bestuur en toezicht eerder in werking zou treden dan het nieuwe bv-recht, dan zou artikel 242 een benoemingsregeling bevatten die wél rekening houdt met de mogelijkheid van een monistisch bestuursstelsel, maar niet met de flexibilisering die het bv-recht biedt. Dit werd terecht gesignaleerd door de VVD-fractie en de CDA-fractie.

Indien het nieuwe bv-recht eerder in werking treedt dan de Wet bestuur en toezicht, zorgt artikel III van de Wet bestuur en toezicht ervoor dat de nieuwe bv-regeling wordt gewijzigd, zodat er een monistisch bestuursstelsel mogelijk wordt in combinatie met de nieuwe, flexibele benoemingsregels. De eindtekst is dan de tekst van artikel III Wet bestuur en toezicht. Dit is de gewenste uitkomst. Daarom zal het ertoe moeten worden geleid dat het wetsvoorstel bv-recht in werking treedt vóór de Wet bestuur en toezicht, hetgeen gelet op de huidige stand van de behandeling van het wetsvoorstel bv-recht en het wetsvoorstel tot reparatie van de Wet bestuur en toezicht (Kamerstukken II 2010/11, 32873, nr. 2) ook voor de hand ligt. Dat is overigens ook te bereiken wanneer de dag van inwerkingtreding gelijk is, mits de Staatsbladnummering rekening houdt met de gewenste volgorde.

Er blijft dan enkel een kleine ongerechtigheid over in artikel 242 lid 1: in het wetsvoorstel invoeringswet bv-recht is een wijziging in artikel 242 lid 1 aangebracht, die in de tekst van artikel III, onderdeel A, van de Wet bestuur en toezicht niet is doorgevoerd. In de eennalaatste volzin van lid 1 wordt verwezen naar artikel 228 lid 4, tweede volzin. Dit moet artikel 228 lid 4, derde volzin zijn (aldus artikel I.1, onderdeel A, onder r, van het wetsvoorstel invoeringswet bv-recht). Dit zal bij gelegenheid worden rechtgezet.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat het voorstel voor reparatie van de Wet bestuur en toezicht geen verandering brengt in artikel 242.

De **CDA**-fractie vraagt aandacht voor een toevoeging van een volzin aan artikel 242 lid 1 ingevolge de Wet bestuur en toezicht, die 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." Zij missen die zin in 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 in werking treedt. Deze leden vragen of dit laatste berust op een vergissing en hersteld zal worden.

Ik verwijs de leden van de CDA-fractie naar het antwoord op de vorige vraag. Als de beide wetsvoorstellen voor het bv-recht eerder in werking treden dan de Wet Bestuur en toezicht, dan zal de tekst van artikel 242 lid 1 luiden zoals aangegeven in artikel III van de Wet Bestuur en toezicht. Daarin staat ook de door de aan het woord zijnde leden geciteerde zin.

### *2.3. Inwerkingtreding*

De leden van de CDA-fractie vragen of de regering het ermee eens is 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.

Zoals hierboven is aangegeven, is het gelet op de samenloop van deze wetsvoorstellen op het punt van de benoeming van bestuurders wenselijk dat het nieuwe bv-recht eerder in werking treedt dan de Wet bestuur en toezicht. Ik verwijs naar het antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie over samenloop van beide wetsvoorstellen in de vorige paragraaf.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie vragen of de beoogde ingangsdatum van dit wetsvoorstel realistisch is. Zij vragen of de regering op de hoogte is van de zorgen rond de ingangsdatum zoals die door het werkveld zijn aangedragen en hoe zij deze zorgen weegt.

Eerder heb ik een streefdatum voor inwerkingtreding genoemd van 1 juli 2012. Ik realiseer mij dat het wetsvoorstel een ingrijpende aanpassing van de wettelijke regeling behelst en dat dit gevolgen heeft voor de werkwijze van ondernemers en hun adviseurs. Maar het wetsvoorstel faciliteert vooral en verplicht nog tot weinig: Het vereenvoudigt de oprichting van bv's en biedt flexibiliteit om de statuten in te richten naar de wensen van de vennootschap. Bestaande vennootschappen behoeven de verplicht voorgeschreven wijzigingen pas in hun statuten op te nemen bij de eerstvolgende statutenwijziging; het overgangsrecht daarvoor is ruimhartig. Er is ook overgangsrecht voor algemene vergaderingen die rond de inwerkingtreding bijeengeroepen worden. De regeling voor de kapitaalbescherming, die elders in deze nadere memorie uitgebreid aan bod komt, wijkt niet af van hetgeen door de Hoge Raad al rechtens was vastgesteld. Wie niets wil wijzigen, hoeft niets te wijzigen en kan zich rustig bezinnen op het wetsvoorstel om te bezien of er voor de eigen vennootschap iets in zit waarvan in de toekomst gebruik gemaakt kan worden.

De inhoud van het wetsvoorstel voor de vaststellingswet is in de versie zoals het is ingediend bij Uw Kamer al ruim twee jaar bekend. Mijn ambtsvoorganger en ik

hebben daar de afgelopen jaren onze visie op gegeven. Ik heb er alle vertrouwen in dat de praktijk – mede door de nauwe betrokkenheid in de consultaties - zijn weg zal kunnen vinden met dit wetsvoorstel. De concrete datum van inwerkingtreding zal, mede afhankelijk van de behandeling van de wetsvoorstellen door Uw Kamer, nog worden bepaald.

#### *2.4. Misbruik bij faillissement en evaluatie*

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen uiteen te zetten welke concrete aanwijzingen – ook in de zin van onderzoeken of rapportages – er zijn dat het huidige stelsel van toezicht en juridische mogelijkheden voldoende handvatten biedt om in de praktijk misbruik bij faillissement voldoende tegen te gaan.

Malafide ondernemers die profiteren van faillissementen moeten worden bestreden. Eerder is aangegeven (Kamerstukken II 2010/11, Handelingen nr. 1230) dat de afgelopen jaren is geïnvesteerd in de aanpak van faillissementsfraude, onder andere door de opbouw van expertise bij het Openbaar Ministerie en de politie. In juni 2011 is een geïntegreerde aanpak van faillissementsfraude aangekondigd, waarin uiteen is gezet welke versterkingen worden doorgevoerd in de aanpak van faillissementsfraude op het gebied van preventie, toezicht, civielrechtelijke instrumenten en de strafrechtelijke handhaving (Kamerstukken II 2010/11, 29 911, nr. 50). Bij brief van 11 april 2012 is de Tweede Kamer geïnformeerd over de stand van zaken (Kamerstukken II 2011/12, 29 911, nr. 67).

Voor de bestrijding van misbruik en faillissementsfraude is van belang dat met ingang van 1 juli 2011 de verklaring van geen bezwaar bij oprichting van een bv is komen te vervallen en is vervangen door een nieuw systeem van doorlopend toezicht. Dit nieuwe systeem maakt het mogelijk om niet alleen bij oprichting, maar gedurende de gehele levensfase van een vennootschap toezicht te houden en zo nodig op te treden. Bij de vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt voor de bescherming van schuldeisers eveneens aangesloten bij de economische realiteit ten tijde van een uitkering en niet, zoals bij het huidige minimumkapitaal, vooral bij de oprichting. Het genoemde stelsel van doorlopend toezicht vindt plaats aan de hand van risicoprofielen die worden opgesteld in samenwerking met de verschillende handhavings- en opsporingsautoriteiten. Bij het opstellen van nieuwe risicoprofielen zal rekening worden gehouden met de invoering van het nieuwe bv-recht.

Daarnaast kan de curator in een faillissement een beroep doen op de aansprakelijkheidsregeling in het voorgestelde artikel 216, indien er sprake is geweest van onzorgvuldige uitkeringen die schuldeisers hebben benadeeld. Op grond van het wetsvoorstel herziening enquêterecht (Kamerstukken II 2010/11, 32 887) krijgt de curator bovendien het recht om in geval van faillissement een enquêteprocedure te starten bij de Ondernemingskamer. In een enquêteprocedure kan de

Ondernemingskamer een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken in de vennootschap, indien er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid.

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen of evaluatie van de flex-bv, ook in relatie tot de vraag naar mogelijk misbruik en misstanden rond deze rechtsvorm, is voorzien.

In het beleid ten aanzien van het ondernemingsrecht zal de ontwikkeling van de nieuwe bv in de praktijk de komende jaren worden gevolgd. Om een geactualiseerd beeld te krijgen van de aard en omvang van faillissementsfraude wordt als onderdeel van de hierboven genoemde geïntegreerde aanpak faillissementsfraude onder andere een Criminaliteitsbeeldanalyse (CBA) uitgevoerd. Bij de uitvoering van die analyse zal de komende jaren rekening worden gehouden met het gebruik van de nieuwe bv en de eventuele effecten daarvan op het gebruik van rechtsvormen voor criminele doeleinden.

#### *2.5. Keuzes rechtsvormen*

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen waarom naast de flex-bv als volledig nieuwe rechtsvorm, de bestaande bv niet overeind is gehouden voor ondernemers die behoefte hebben aan een rechtspersoon met een steviger imago en meer ingebouwde zekerheden, waarbij bijvoorbeeld wel een minimuminbreng verplicht is.

Van een volledig nieuwe rechtsvorm voor de bv is geen sprake. De vraag of er niet beter een volledig nieuwe flex-bv zou moeten komen met behoud van de bestaande bv is in de beginfase van de wetsoperatie uitvoerig aan de orde geweest. De expertgroep die werd geleid door Prof. De Kluiver heeft aanbevolen om geen nieuwe rechtsvorm in te voeren en te kiezen voor oplossing van knelpunten in het huidige bv-recht. Die aanbeveling is in het wetsvoorstel overgenomen. Indien was gekozen voor een nieuwe rechtsvorm naast de bestaande bv, zouden de knelpunten die nu in het wetsvoorstel worden opgelost en die grotendeels door de praktijk via de consultaties zijn aangedragen, voor de bv "oude stijl" blijven bestaan. Ook zou de aanzienlijke lastenverlichting niet gelden voor het grote aantal bestaande bv's. Daarnaast heeft de rechtszekerheid een belangrijke rol gespeeld bij de keuze om de bestaande bv-regeling te moderniseren. De praktijk is met deze regeling vertrouwd. Bij een nieuwe rechtsvorm zou telkens de vraag rijzen of en zo ja, in hoeverre de jurisprudentie en de doctrine over de bestaande bv-regeling van toepassing zijn op een nieuwe rechtsvorm. De Commissie vennootschapsrecht heeft in dit verband in haar advies opgemerkt dat de voorgestelde regeling een evenwichtige mengeling van behoud en verandering impliceert. Ondernemers die de voorkeur geven aan een vennootschap met een minimumkapitaal, hebben de mogelijkheid om uitkeringen op grond van artikel 216 in de statuten van de bv te beperken tot een maximum

(statutair minimumkapitaal). Ook staat het ondernemers vrij om te kiezen voor de rechtsvorm van de naamloze vennootschap. Ik ga ervan uit dat een ondernemer die aan het gebruik van de nv een steviger imago denkt te ontleen, zich ook niet zal laten afschrikken door het voor de nv vereiste minimumkapitaal van 45.000 euro.

Overigens zou ik het betreuren als het nieuwe bv-recht zou worden afgeschilderd als een rechtsvorm met een minder stevig imago. Dat zou geheel ten onrechte zijn. Uitgangspunt van de voorgestelde regeling is dat de flexibiliteit en eenvoud die worden geboden, niet leiden tot afbreuk van de rechtszekerheid of van de belangen van minderheidsaandeelhouders en derden, in het bijzonder crediteuren. Ik neem aan dat met een "steviger imago" met name wordt bedoeld op de kapitaalbeschermingsregeling die in het wetsvoorstel voor de bv wordt afgeschaft. In de memorie van toelichting is aangegeven dat er in de literatuur kritiek was op het bestaande vereiste van een minimumkapitaal (Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 24). Het biedt slechts een schijnzekerheid voor crediteuren. De wettelijke voorschriften bieden geen garantie dat het bedrag nog aanwezig is in het vermogen van de vennootschap wanneer een crediteur zijn vordering wil innen. Het bedrag van € 18 000 in de huidige wettelijke regeling is een willekeurige grens die geen rekening houdt met de aard en omvang van de activiteiten van de onderneming. Op dat punt voorziet het wetsvoorstel in een stelsel dat uitgaat van een uitkeringstest met daaraan gekoppeld aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en aandeelhouders. Dit biedt de noodzakelijke waarborgen voor de bescherming van crediteuren. Het betreft hier een moderniseringsslag die aansluit bij de ontwikkeling in vele landen om ons heen. Ook ten aanzien van minderheidsaandeelhouders voorziet het wetsvoorstel in een stevige bescherming tegen mogelijke benadeling door flexibele regelingen, bijvoorbeeld door bij de invoering van een variabele stemrechtverdeling voor te schrijven dat een daartoe strekkend besluit tot statutenwijziging moet worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

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

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

De leden van de **VVD**-fractie verwijzen naar een besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009 (*Stcrt.* 2009, 14118, artikelen 6.1.2 en 6.1.3), waarin in voorkomend geval wordt voorzien in een (gedeeltelijke) ontheffing van de uitdelingsverplichting voor een fiscale beleggingsinstelling door middel van een goedkeuring. In dat besluit wordt verwezen naar artikel 2:216 BW. Deze leden vragen te bevestigen dat (ook) een uitkeringverbod op grond van de voorgestelde wijziging

van artikel 2:216 BW niet kan leiden tot het verlies van de status van fiscale beleggingsinstelling.

Een fiscale beleggingsinstelling is verplicht 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 te stellen aan haar aandeelhouders. Indien een fiscale beleggingsinstelling niet aan deze voorwaarde voldoet, verliest zij de status van fiscale beleggingsinstelling en wordt zij volledig onderworpen aan de vennootschapsbelasting. In het besluit van 15 september 2009<sup>1</sup> heeft de Staatssecretaris van Financiën voorzien in een (gedeeltelijke) ontheffing van de uitdelingsverplichting. Deze goedkeuring komt erop neer dat de uit te delen winst van een fiscale beleggingsinstelling wordt verminderd met het bedrag dat als gevolg van het civielrechtelijke uitkeringsverbod op grond van artikel 2:216 BW niet mag worden uitgekeerd. Dit bedrag wordt alsdan gedoteerd aan de afrondingsreserve. Het uitkeringsverbod van artikel 2:216 BW wordt in die zin gewijzigd dat op grond van het voorgestelde artikel 2:216 lid 2 het bestuur goedkeuring kan onthouden aan de winstuitkering indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Ik kan de leden van de VVD-fractie bevestigen dat de goedkeuring uit het besluit ook op het gewijzigde artikel 2:216 van toepassing zal zijn.

### *3.2. Reden herziening artikel 216*

De leden van de **CDA**-fractie vragen of artikel 216 leidt tot verbetering van gesignaleerde gebreken en lastenverlichting. Zij verwijzen naar de memorie van toelichting, waarin gewicht is toegekend aan het feit dat het uitvoeren van de huidige balanstest leidt tot kosten (administratieve lasten) en dat de balans waarop de uitkeringsvrije ruimte wordt bepaald, als regel gedateerd is op het moment waarop de uitkering wordt gedaan. In de voorgestelde regeling valt volgens deze leden op dat artikel 216 bepaalt dat een balanstest moet worden uitgevoerd indien de vennootschap wettelijke of statutaire reserves kent. In dit kader is in de artikelen 207 en 216 bepaald dat mag worden uitgegaan van gegevens uit de laatst vastgestelde jaarrekening. Deze leden vragen naar de verbetering ten opzichte van de bezwaren die zijn genoemd tegen het huidige recht. Ook geven zij aan dat uit de memorie van toelichting blijkt dat het bestuur onder meer de solvabiliteit dient te betrekken bij het verrichten van de uitkeringstest. Deze ratio eigen vermogen/vreemd vermogen kan volgens deze leden slechts worden bepaald indien een vermogensopstelling/balans wordt opgesteld. Het bepalen van de solvabiliteit, vergt derhalve het opstellen van een

---

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



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 administratieve lasten zijn gemoeid.

De voorgestelde regeling leidt tot verbetering van gesignaleerde gebreken en tot lastenverlichting. In de nieuwe wettelijke regeling wordt voor de toelaatbaarheid van uitkeringen niet langer aangesloten bij een willekeurig minimumkapitaal en bij mogelijk gedateerde cijfers, zoals in de huidige wet, maar bij de economische werkelijkheid ten tijde van de uitkering. Bestuurders en aandeelhouders zullen zich bij de besluitvorming over uitkeringen moeten afvragen welke gevolgen een voorgenomen uitkering heeft voor de schuldeisers van de vennootschap. Dit is geen formele test die los staat van de werkelijkheid, maar een materiële test die zich richt op de daadwerkelijke financiële positie van de vennootschap. Het loslaten van de kapitaalbescherming betekent dat een groot aantal onnodige formaliteiten kan worden afgeschaft. Het wetsvoorstel leidt op dit onderdeel tot een verlichting van administratieve lasten en nalevingskosten van ruim 40 miljoen euro per jaar.

De uitkeringstoets in artikel 216 heeft twee aspecten. Ten eerste moet worden getoetst of het eigen vermogen van de vennootschap na de uitkering groter is dan de wettelijke en de statutaire reserves. Ten tweede moet worden getoetst of de vennootschap na de uitkering kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, waarbij onder andere de solvabiliteit een rol speelt.

Het eerste aspect van de uitkeringstoets past, zoals in de memorie van toelichting uiteen is gezet, niet goed bij het nieuwe stelsel van crediteurenbescherming, maar moet in de wet worden opgenomen vanwege verplichtingen uit de Europese vennootschapsrichtlijnen. Voor de meerderheid van de bv's die geen wettelijke of statutaire reserves kennen, is deze toets niet van toepassing. Indien een besloten vennootschap wel beschikt over wettelijke of statutaire reserves, kan op grond van de jaarrekening de omvang van het eigen vermogen en de reserves eenvoudig worden vastgesteld. Een afzonderlijke vermogensopstelling behoeft dus niet te worden vervaardigd en van twee verschillende vermogensopstellingen is evenmin sprake.

Bij het tweede aspect van de uitkeringstoets dient onder andere de solvabiliteit te worden betrokken. De solvabiliteit ziet op de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en geeft een indicatie van de financiële gezondheid van de vennootschap op de langere termijn. Ook hierbij is geen afzonderlijke vermogensopstelling vereist. Wel brengt de uitkeringstest mee dat het bestuur nagaat of zich sinds het vaststellen van de jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die een risico vormen voor de continuïteit van de onderneming. Indien het bestuur aanwijzingen heeft dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar is, kan het raadzaam zijn om bij wijze van uitzondering de vermogensopstelling te actualiseren.

Artikel 216 stelt hier geen formele eis, maar verplicht het bestuur tot een materiële beoordeling van de financiële situatie van de vennootschap. Deze materiële beoordeling verschilt niet wezenlijk van hetgeen onder de huidige regeling al van een zorgvuldig handelend bestuurder wordt verwacht, niet alleen bij uitkeringen maar ook bij andere besluiten met belangrijke financiële gevolgen.

Uit het bovenstaande moge blijken dat er geen sprake is van een lastenverzwaring.

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar de memorie van toelichting, waarin 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 (Kamerstukken II 2006/07, 31048, nr. 3, p. 70). Zij vragen hoe dit zich verhoudt tot het gegeven dat in het kader van de uitkeringstest de solvabiliteit moet worden betrokken, hetgeen veronderstelt dat de bestuurders over een vermogensopstelling moeten beschikken. Zij vroegen of er niet beter eenduidige eisen gesteld kunnen worden aan de vermogensopstelling, bijvoorbeeld in overeenstemming met de artikelen 2:105 lid 4 en 2:313/334g BW.

De leden van de CDA-fractie suggereren hier dat bij tussentijdse uitkeringen de eis van een vermogensopstelling zou worden gesteld, bijvoorbeeld in overeenstemming met de artikelen 2:105 lid 4 en 2:313/334g BW. Voor tussentijdse uitkeringen waartoe in de loop van het boekjaar wordt besloten, is in artikel 216 bepaald dat de laatst vastgestelde jaarrekening bepalend is. Een afzonderlijke vermogensopstelling hoeft dus niet te worden vervaardigd.

De leden van de CDA-fractie herinneren eraan dat de regering zich in het kader van de uitkeringstest op het standpunt stelt dat deze betrekking heeft op het moment waarop het bestuur de uitkering betaalbaar stelt (Kamerstukken I 2011/12, 31058 en 32426, C, p. 14). Deze leden vragen of dit meebrengt 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?

Zoals hierboven is aangegeven, kan voor de vermogensopstelling die in het kader van de uitkeringstest wordt gebruikt, worden aangesloten bij de laatst vastgestelde jaarrekening.

Verder vragen de leden van de CDA-fractie of zij het goed zien dat, indien de vennootschap wettelijke en/of statutaire reserves kent, zij in het kader van bijvoorbeeld dividenduitkering twee verschillende vermogensopstellingen moeten opstellen en zo ja, of nog kan worden volgehouden dat de voorgestelde regeling leidt tot lastenverlichting ten opzichte van het huidige recht.

Ik verwijs naar mijn antwoord op de eerste vraag in deze paragraaf 3.2, waarin ik ook ben ingegaan op de reserves.

Bestuurders zullen zich volgens de aan het woord zijnde leden bij het uitvoeren van de uitkeringstest willen of moeten doen bijstaan door accountants, en zij zullen een vrijwaring van de aandeelhouders tegen mogelijke aansprakelijkstelling verlangen. Graag vernemen de leden van de CDA-fractie de visie van de regering hierop. Zij vragen of de regering verwacht dat accountants de verantwoordelijkheid voor de juistheid van de uitkeringstoets op zich zullen willen nemen.

Zoals eerder werd opgemerkt, verschilt de materiële beoordeling die nodig is voor het toetsen van een uitkeringsbesluit niet wezenlijk van hetgeen ook thans van een zorgvuldig handelend bestuurder wordt verwacht bij besluiten met belangrijke financiële gevolgen. Voor dergelijke besluiten geldt dat bestuurders in de praktijk geregeld een accountant of een andere deskundige om advies vragen. Ik verwacht niet dat de reikwijdte van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap anders zal worden bepaald dan thans het geval is, namelijk via een besluit tot het wel of niet verlenen van kwijting of décharge voor het door het bestuur gevoerde beleid. Uit de notitie van de werkgroep fiscaal jaarrapport, waarin vooraanstaande accountantskantoren vertegenwoordigd waren, leid ik af dat accountants voldoende mogelijkheden zien voor een praktische uitvoering van de toets en bereid zijn om daarover te adviseren.

De leden van de CDA-fractie vragen of uit de arresten van de Hoge Raad in de zaak Nimox en Reinders Didam voortvloeit dat de huidige regeling van artikel 216 niet effectief is. Zij vragen of er 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 kan worden afgeleid dat de huidige regeling goed voldoet. Zij vragen of op basis van deze jurisprudentie een zo ingrijpende wijziging van het systeem van vermogensbescherming kan worden gefundeerd, nu het in die twee arresten om nogal specifieke cases ging. Bovendien vragen zij in welk opzicht artikel 216 – een vorm van interne aansprakelijkheid van het bestuur – een codificatie vormt van het Nimox-arrest, dat betrekking heeft op externe aansprakelijkheid van de aandeelhouder. De vraag is volgens deze leden 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 als er feitelijk geen uitkeringen zijn gedaan.

De door deze leden aangehaalde jurisprudentie heeft een belangrijke rol gespeeld bij de uitwerking van de uitkeringstest in artikel 216, maar is niet de enige grondslag voor de voorgestelde regeling voor schuldeisersbescherming. Ik ben het met deze leden eens dat uit deze arresten niet kan worden afgeleid dat de huidige regeling niet effectief is. Op de gebrekkige effectiviteit van de huidige kapitaalbeschermingsregels ben ik hierboven reeds nader ingegaan. De voornaamste

grondslag voor de voorgestelde regeling is een advies van de expertgroep onder voorzitterschap van prof. De Kluiver, die was ingesteld om de voorbereiding van het wetsvoorstel te ondersteunen met aanbevelingen van deskundigen uit de praktijk. De expertgroep heeft, mede op basis van twee wetenschappelijke onderzoeken (zie de verwijzing in Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 2 ), aanbevolen om de eisen van een gebonden vermogen te vervangen door een uitkeringstest waarin het bestuur moet toetsen of de vennootschap na een uitkering nog aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen, met daaraan gekoppeld een aansprakelijkheidssanctie. De kern van deze aanbeveling is neergelegd in het wetsvoorstel, met dien verstande dat in de uitwerking niet is gekozen voor een kapitaalstest en een verplichte liquiditeitsverklaring. De in het wetsvoorstel opgenomen regeling heeft nadien de steun gekregen van de Commissie vennootschapsrecht.<sup>2</sup> Ook in de uitvoerige internetconsultaties hebben veel partijen steun uitgesproken voor de wijziging van het bestaande stelsel. Ten opzichte van de bestaande jurisprudentie heeft de voorgestelde regeling als voordeel dat de normstelling en de reikwijdte van de aansprakelijkheid, die naast de eerder genoemde arresten ook aansluit bij de wettelijke regeling voor surséance van betaling, worden gecodificeerd. Dit leidt tot meer rechtszekerheid in de praktijk. Ten aanzien van de normstelling is aangesloten bij de genoemde jurisprudentie. In de uitwerking zijn er echter ook verschillen tussen het wetsvoorstel en de jurisprudentie. Zoals de aan het woord zijnde leden signaleren, is in het wetsvoorstel niet gekozen voor externe aansprakelijkheid, maar voor aansluiting bij de interne aansprakelijkheid van bestuurders in artikel 2:9. Dit systeem van interne aansprakelijkheid, dat zorgt voor een betere inpassing in het wettelijke regime voor de bv, is eveneens gebaseerd op de hierboven genoemde adviezen.

De leden van de CDA-fractie vragen of gegeven is dat het bestuur van de vennootschap veilig de goedkeuring aan een besluit tot dividenduitkering kan verlenen, indien de jaarrekening ex artikel 2:362 lid 2 BW met inachtneming van de bestemming van de winst en na een goedkeurende verklaring van de accountant door de algemene vergadering wordt vastgesteld. Zij wijzen erop dat de jaarrekening en daarmee de goedkeurende accountantsverklaring immers worden opgesteld op basis van het continuïteitsbeginsel.

In beginsel luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, maar wel met een belangrijke kanttekening. Zoals ik in antwoord op de eerste vraag van de CDA-fractie in deze paragraaf 3.2 al heb opgemerkt, brengt de uitkeringstest mee dat het bestuur nog wel dient na te gaan of zich sinds het vaststellen van de jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die een risico vormen voor de continuïteit van de

---

<sup>2</sup> Advies van de Commissie vennootschapsrecht over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, november 2006.

onderneming. Bepalend is immers het moment van uitkering. Indien het bestuur aanwijzingen heeft dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar is, kan het raadzaam zijn om bij wijze van uitzondering de vermogensopstelling uit de jaarrekening te actualiseren. Het continuïteitsbeginsel op basis waarvan de jaarrekening en de accountantsverklaring zijn opgesteld, hebben immers betrekking op het moment van vaststelling van de jaarrekening, niet op het – latere – moment van uitkering.

### *3.3. Criteria uitkeringstest*

De leden van de CDA-fractie vragen of de praktijk met de voorgestelde regeling van artikel 216 uit de voeten kan en stellen dat de notitie van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport geen concreet aanknopingspunt bevat voor het bepalen van de hoogte van de uitkering. Zij vragen of concrete aanknopingspunten kunnen worden gegeven, bijvoorbeeld een formule waarmee aan de hand van de quick ratio en de operationele kasstromen kan worden bepaald hoeveel in beginsel mag worden uitgekeerd.

In de notitie van de werkgroep fiscaal jaarrapport is de materiële beoordeling van de financiële situatie van de vennootschap uitgewerkt aan de hand van een aantal vragen die betrekking hebben op factoren die de continuïteit van de vennootschap kunnen beïnvloeden. Ik wil nogmaals onderstrepen dat deze materiële beoordeling niet wezenlijk verschilt van hetgeen onder de huidige regeling al van een zorgvuldig handelend bestuurder wordt verwacht, niet alleen bij uitkeringen maar bij alle besluiten met belangrijke financiële gevolgen. Daarom is er geen reden om eraan te twijfelen dat de praktijk met de voorgestelde regeling uit de voeten kan. Aan het einde van paragraaf 3.2 is in antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie in dit verband aangegeven dat door de toepassing van het continuïteitsbeginsel bij de vaststelling van de jaarrekening de continuïteit bij uitkeringen die in het kader van de jaarrekening plaatsvinden, in de meeste gevallen gegeven is.

Indien er geen reden is om te twijfelen aan de continuïteit van de onderneming, moet nog worden bepaald wat de ruimte is voor een uitkering. Met andere woorden, bepaald moet worden tot welk bedrag de vennootschap dividend kan uitkeren om na de uitkering nog genoeg geld over te houden voor de schuldeisers. Voor de beoordeling van de maximale uitkeringsruimte heeft de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport in de notitie voorgesteld om aan te sluiten bij de quick ratio en de operationele kasstroom. Anders dan de aan het woord zijnde leden veronderstellen, vormt het bepalen van deze indicatoren een voornamelijk technische exercitie die gevat kan worden in een formule die een concreet aanknopingspunt biedt voor het bepalen van de uitkeringsruimte. De quick ratio betreft het verschil tussen de kortlopende activa (vorderingen en geldmiddelen) en de kortlopende passiva (schulden). Indien de quick ratio positief is, kan dit volgens de werkgroep in principe

worden benut voor de uitkering. Een bijkomend voordeel van aansluiting bij de kortlopende activa en passiva is dat de berekening nagenoeg ongevoelig is voor verschillen in waarderingsgrondslagen. De quick ratio en de operationele kasstroom zijn volgens de werkgroep op eenvoudige wijze te berekenen op basis van enkele gegevens in de financiële administratie of de jaarrekening en bijzondere gebeurtenissen na balansdatum. De werkgroep heeft aangegeven dat de berekening desgewenst volledig automatisch kan geschieden, bijvoorbeeld door in de praktijk gebruik te maken van de Nederlandse XBRL-taxonomie. Maar het gaat slechts om indicatoren. Het bestuur en de aandeelhouders blijven verantwoordelijk voor het bepalen van de hoogte van het dividend.

#### *3.4. Uitkeringsbesluit en bestuursaansprakelijkheid*

De leden van de **D66**-fractie wijzen op een discrepantie tussen de memorie van antwoord en de nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 31 058 en vragen of het niet de voorkeur zou hebben dat de goedkeuring (en de weigering) van een uitkering door het bestuur de vorm heeft van een uitdrukkelijk bestuursbesluit.

De goedkeuring door het bestuur vereist een besluit. Een uitdrukkelijk bestuursbesluit is echter niet altijd vereist. Om te kwalificeren als besluit kan ook een wilsuiting volstaan die kan worden afgeleid uit een of meer gedragingen van het bestuur. Het besluit tot goedkeuring kan dus impliciet of stilzwijgend worden genomen door de betaalbaarstelling van het dividend. Dit zal het geval zijn bij besloten vennootschappen waarvan het bestuur bestaat uit één persoon en heeft als voordeel dat voor die bv's geen onnodige formaliteiten worden gecreëerd. Bestaat het bestuur uit meerdere personen, dan zal het besluit niet zomaar kunnen worden afgeleid uit een handeling van een van de bestuurders en zal de goedkeuring moeten plaatsvinden met betrokkenheid van alle bestuurders.

De leden van de **VVD**-fractie merken op dat er bij de uitkeringstest in artikel 216 sprake is van twee verschillende momenten (voorzienbaarheid op het moment van goedkeuring van het besluit en bij de daadwerkelijke uitkering). Zij vragen of dit 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 uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen. Deze leden vragen tevens of het onredelijk is ten opzichte van de aandeelhouders dat het bestuur, ook als het vóór het besluit van de algemene vergadering weet dat betalingsonmacht zal ontstaan, wacht tot na het besluit en dan vervolgens stelt dat de uitkering niet kan doorgaan.

Er kan bij een uitkering inderdaad sprake zijn van twee verschillende momenten, zoals de leden van de VVD-fractie aangeven. Doorgaans zal de daadwerkelijke uitkering plaatsvinden kort na het besluit tot goedkeuring. De

uitgevoerde uitkeringstest volstaat dan voor de betaalbaarstelling. Het is echter mogelijk, met name als de tussenliggende periode langer is, dat het bestuur op de hoogte is van nieuwe omstandigheden die ertoe leiden dat de vennootschap door de uitkering alsnog in betalingsproblemen komt. In dat geval dient het bestuur af te zien van de uitkering en moet het eerder genomen goedkeuringsbesluit worden herzien. Dit betekent dat het bestuur uitsluitend goedkeuring kan verlenen onder de voorwaarde dat op het moment van uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen, zoals de leden van de VVD-fractie stellen. Ik acht dit niet onredelijk tegenover de aandeelhouders. Zij moeten er tot de daadwerkelijke uitkering rekening mee houden dat het wettelijke systeem ertoe kan leiden dat de goedkeuring geweigerd wordt en dat het eerder genomen besluit van de algemene vergadering geen gevolgen krijgt. Dit sluit aan bij het uitgangspunt van de voorgestelde regeling dat de schuldeisers van de vennootschap niet mogen worden benadeeld door uitkeringen aan aandeelhouders. Wanneer het belang van de aandeelhouders botst met het belang van de schuldeisers, gaat het belang van de laatste groep voor. Dit alles geldt ook in de door de leden van de CDA-fractie genoemde situatie van "dividend upstreaming" in concernverhoudingen.

Het ligt niet voor de hand dat bestuurders die vóór het besluit van de algemene vergadering weten dat een uitkering tot betalingsonmacht zal leiden, dat niet aan de algemene vergadering melden. Op grond van artikel 216 kunnen aandeelhouders niet aansprakelijk worden gehouden voor benadelende uitkeringen indien zij te goeder trouw waren. Laat het bestuur na de aandeelhouders te informeren, dan concentreert de aansprakelijkheid zich op het bestuur. Hierin zit voor het bestuur een extra prikkel om wetenschap van benadeling met de aandeelhouders te delen.

De leden van de VVD-fractie wijzen op de stelling van 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. Zij vragen een reactie.

Artikel 216 bepaalt dat een besluit van de algemene vergadering tot bestemming van de winst en de vaststelling van uitkeringen geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Hieruit volgt dat er sprake is van een besluit van de algemene vergadering, ook als het bestuur nog geen goedkeuring heeft verleend. Het besluit van de algemene vergadering is vatbaar voor vernietiging. Het ontbreken van de goedkeuring door het bestuur staat er dus niet aan in de weg dat een aandeelhouder een actie tot vernietiging instelt, bijvoorbeeld wegens gebreken

in de totstandkoming van het besluit. Een uitkeringsbesluit wordt aldus niet anders behandeld dan andere besluiten binnen de vennootschap.

De leden van de VVD-fractie vragen of het bestuur in een lastig parket komt, nu is gesteld dat het bestuur buiten zijn bevoegdheid treedt indien het weigert tot uitkering over te gaan terwijl de betalingsonmacht geen rol speelt en de algemene vergadering een weigerachtig bestuur zou kunnen ontslaan. Tevens vragen deze leden hoe de situatie is indien het bestuur niet door de algemene vergadering wordt benoemd en ontslagen, zoals bij een structuurvennootschap.

Weigert het bestuur de goedkeuring terwijl er geen enkele aanwijzing is voor betalingsonmacht, dan treedt het bestuur buiten zijn bevoegdheid. Bij weigering van de goedkeuring zal het bestuur doorgaans op basis van beschikbare informatie over de financiële positie van de vennootschap tot het besluit zijn gekomen. Van het buiten de bevoegdheid treden zal dan ook niet snel sprake zijn, temeer nu de wettelijke regeling van bestuurders verwacht dat zij zorgvuldigheid betrachten bij de uitkeringstest en zo nodig het belang van de schuldeisers van de vennootschap laten prevaleren boven dat van de aandeelhouders.

Een weigering van de goedkeuring kan in het uiterste geval leiden tot ontslag van bestuurders. Op dit punt verschilt een confrontatie tussen de algemene vergadering en het bestuur over een uitkering niet van confrontaties over andere besluiten binnen de vennootschap. Uiteindelijk geldt voor alle besluiten die de aandeelhouders niet welgevallig zijn, dat zij uiteindelijk kunnen overgaan tot ontslag van bestuurders. In de regel zullen aandeelhouders hier terughoudend mee omgaan, ook al omdat een conflict over uitkeringen de reputatie van de onderneming en de betrokkenen zou kunnen beschadigen. Zoals de leden van de VVD-fractie opmerken, kan de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders op grond van de wet toekomen aan de raad van commissarissen (structuur-bv). In dat geval bestaat er voor de algemene vergadering geen mogelijkheid om de bestuurders te ontslaan, maar ook op dit punt neemt de regeling in artikel 216 geen bijzondere positie in ten opzichte van andere besluiten binnen een structuurvennootschap.

De leden van de VVD-fractie vragen of het onbillijk is dat verrekening niet is uitgesloten in de situatie die wordt geregeld in de vierde zin van artikel 216 lid 3.

De uitzondering waar deze leden op doelen heeft betrekking op de situatie waarin de vennootschap een bestuurder of een aandeelhouder op grond van artikel 216 aanspreekt voor het tekort dat door een uitkering is ontstaan. In die gevallen mogen openstaande vorderingen die de aangesproken bestuurder of aandeelhouder jegens de vennootschap heeft, niet worden verrekend met de vordering van de vennootschap. Verrekening zou immers betekenen dat de vordering die de vennootschap in het belang van de schuldeisers heeft ingesteld, niet te gelde kan worden gemaakt. De schuldeisers zouden dan nog steeds met lege handen staan.



In de vierde zin gaat het om een andere situatie, te weten de situatie waarin de vergoeding door de aandeelhouder geschiedt aan de bestuurder die het tekort dat door de uitkering was ontstaan al eerder aan de vennootschap had voldaan (regres). Het uitsluiten van verrekening ligt hier niet in de rede, omdat - anders dan bij een vordering van de vennootschap jegens een bestuurder of aandeelhouder - verrekening niet ten koste gaat van de schuldeisers van de vennootschap. De vergoeding voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, is dan immers al door de bestuurder aan de vennootschap voldaan. Een bestuurder die bij een regres nadelige gevolgen verwacht in verband met verrekening door aandeelhouders, kan eventueel de aandeelhouders in vrijwaring oproepen in een procedure over de vordering die de vennootschap jegens hem heeft ingesteld uit hoofde van de eerste zin van artikel 216 lid 3.

De leden van de VVD-fractie vragen of de regeling van de uitkeringstoets haar doel voorbij schiet en of het voor een bv met meer aandeelhouders aantrekkelijk is om deze om te zetten in een nv, met name in sectoren waar het resultaat sterk fluctueert.

De keuze voor omzetting in een nv heeft tot gevolg dat de formaliteiten van de kapitaalbescherming moeten worden nageleefd, met inbegrip van het voor de nv geldende minimumkapitaal van 45.000 euro. Ook is er bij de nv minder flexibiliteit bij de inrichting van de statuten dan in het nieuwe bv-recht. Ik verwacht daarom niet dat er veel ondernemers zijn die nu kiezen voor een bv, maar straks de nv aantrekkelijker zullen vinden. Het vermeende voordeel dat de uitkeringstest in artikel 216 niet van toepassing is op de nv is slechts betrekkelijk, omdat uit de jurisprudentie blijkt dat ook voor de nv geldt dat bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk kunnen zijn voor onzorgvuldige uitkeringen, ook als de formele kapitaalvoorschriften zijn nageleefd. Eerder heb ik aangekondigd dat ook het nv-recht in breder verband zal worden herzien. Met de voorbereiding van een daartoe strekkend wetsvoorstel wordt dit jaar begonnen.

De leden van de **CDA**-fractie vragen of wettelijke en statutaire reserves niet betrekkelijk eenvoudig – door omzetting in kapitaal respectievelijk wijziging van de statuten – kunnen worden opgeheven, zodat feitelijk geen verbod geldt voor het doen van uitkeringen indien het eigen vermogen negatief is of door de uitkering negatief wordt.

De Vierde EU-richtlijn vennootschapsrecht staat inderdaad toe dat wettelijk verplichte reserves worden omgezet in kapitaal. Statutaire reserves kunnen worden opgeheven door een wijziging van de statuten. Vervolgens kunnen de omgezette of opgeheven reserves alsnog worden uitgekeerd, hetzij in het kader van een kapitaalvermindering op grond van artikel 208, hetzij door een uitkering op grond van artikel 216. In beide gevallen is de uitkeringstest in artikel 216 van toepassing. Artikel 216 schrijft niet voor dat het eigen vermogen na de uitkering niet negatief mag zijn.

Bepalend is of de vennootschap na de uitkering kan blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. De keuze om geen balanstest op te nemen in het wetsvoorstel is gemaakt naar aanleiding van kritiek die is geuit in de consultatie over de derde tranche van het voorontwerp. Die kritiek hield kort gezegd in dat een balanstest een blik op het verleden behelst die allerlei waarderingsproblemen meebrengt, weinig toegevoegde waarde heeft omdat een negatief eigen vermogen niets zegt over mogelijkheid om aan de opeisbare schulden te blijven voldoen, tot administratieve lasten leidt en kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid in situaties waarin niemand schade lijdt.

Ik voel niet voor het voorstel in de brief van BDO Accountants om in de wet te bepalen dat omzetting van reserves in kapitaal niet is toegestaan. Zoals eerder is opgemerkt past de regel dat het eigen vermogen na een uitkering groter moet zijn dan de wettelijke en statutaire reserves niet goed bij het voorgestelde stelsel van crediteurenbescherming. De regel is slechts opgenomen in het wetsvoorstel om te voldoen aan de verplichtingen uit de Vierde EG Richtlijn vennootschapsrecht. In plaats van verankering van het stelsel in de wet, zoals BDO Accountants bepleit, zou ik liever zien dat de Vierde richtlijn op dit punt zodanig wordt aangepast dat rekening wordt gehouden met stelsels die voor de crediteurenbescherming niet meer uitgaan van kapitaalbescherming. Deze wens is door Nederland bij de Europese Commissie kenbaar gemaakt, maar is vooralsnog bij de onderhandelingen over de nieuwe jaarrekeningrichtlijn niet ingewilligd.

De leden van de CDA-fractie vragen of de nietigheid van een besluit tot uitkering waardoor het eigen vermogen lager wordt dan de wettelijke en statutaire reserves, kan worden geheeld door een statutenwijziging waarmee de statutaire reserve wordt opgeheven of door een besluit tot omzetting van de wettelijke reserves in kapitaal.

Dat is niet het geval. Indien de algemene vergadering besluit tot vaststelling van een uitkering die tot gevolg heeft dat het eigen vermogen kleiner wordt dan de wettelijke en statutaire reserves, is er op het moment waarop het besluit wordt genomen sprake van strijd met de wet. Een besluit dat in strijd is met de wet is op grond van artikel 2:14 lid 1 BW nietig en kan niet achteraf worden bekrachtigd.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe de in de memorie van toelichting genoemde mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat de winst die blijkt uit de jaarrekening rechtstreeks toekomt aan de aandeelhouders, zich verhoudt tot de goedkeuring door het bestuur in artikel 216 lid 2.

Artikel 216 lid 2 bepaalt dat een besluit dat strekt tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Deze algemene regel geldt voor alle uitkeringen aan aandeelhouders. In het geval waarin de statuten bepalen dat de winst die blijkt uit de jaarrekening toekomt aan de aandeelhouders, dient het

besluit tot vaststelling van de jaarrekening te worden beschouwd als het besluit dat strekt tot uitkering. Dat besluit vereist goedkeuring van het bestuur, alvorens rechtsgeldig kan worden overgegaan tot betaalbaarstelling van de uitkering.

De leden van de CDA-fractie stellen dat het belang van de vennootschap ruimer is dan alleen de belangen van crediteuren, terwijl de aansprakelijkheidstoets voor aandeelhouders gaat over de vraag of de vennootschap aan haar opeisbare schulden kan blijven voldoen. Daarnaast komt het bestuur volgens deze leden in een onmogelijke positie, omdat op hen enerzijds de verplichting rust om het belang van de vennootschap te dienen en anderzijds artikel 216 bepaalt dat goedkeuring slechts kan worden geweigerd indien dit objectief voorzienbaar leidt tot insolventie van de rechtspersoon. Volgens deze leden zijn er situaties waarin de uitkering weliswaar in strijd is met het belang van de vennootschap, maar niet tot haar insolventie zal leiden. Zij vragen of de voorgestelde regeling wel past in ons systeem waarin niet het aandeelhoudersbelang, maar het vennootschappelijke belang centraal staat bij de normering van de bestuurstaak.

De voorgestelde regeling doet geen afbreuk aan het uitgangspunt dat het bestuur zich bij de uitvoering van haar taak moet richten op het belang van de vennootschap. Het belang van de vennootschap richt zich op de continuïteit van de vennootschap op de langere termijn. Bij de toepassing van de norm van het vennootschappelijk belang zal het bestuur telkens de belangen moeten afwegen van de verschillende betrokkenen, zoals (minderheids)aandeelhouders, crediteuren en werknemers. Dit is ook het geval bij het voorgestelde artikel 216. In de eerste nota van wijziging bij het voorstel voor de vaststellingswet bv-recht (Kamerstukken II 2008/09, 31058, nr. 7) is tot uitdrukking gebracht dat het bestuur de goedkeuring "slechts" mag weigeren, indien de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Daarmee is beoogd de belangen van de aandeelhouders en de schuldeisers tegen elkaar af te wegen. Ook in het kader van een instructie op grond van artikel 239 lid 4 die verband houdt met het doen van uitkeringen zal het belang van de vennootschap in die zin worden ingevuld. Dit betekent overigens niet dat de door de leden van de CDA-fractie genoemde belangen van werknemers geen rol spelen. Ook de salarissen van werknemers zijn immers opeisbare schulden waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de uitkeringstest. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin het bestuur weet dat er een verplichting aankomt in de vorm van een noodzakelijke vervanging van een machine. Dat die verplichting voorzienbaar is op een termijn van twee jaar, doet hier niet aan af. Hoewel de periode waarover de beoordeling zich zal moeten uitstrekken doorgaans ongeveer een jaar zal zijn, dient het bestuur bij de uitkeringstest alle beschikbare informatie te betrekken. In de memorie van toelichting is in dit verband het voorbeeld

genoemd van een situatie waarin het bestuur weet dat de vennootschap over anderhalf jaar een omvangrijke belastingschuld moet aflossen.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe "dividend upstreaming" moet worden georganiseerd, als op ieder niveau tot het laatste moment moet worden gecheckt of voor de desbetreffende bv's aan de uitkeringstest is voldaan.

Ik verwijs naar het slot van het antwoord op de eerste vraag van de VVD-fractie in deze paragraaf 3.4.

De leden van de CDA-fractie vragen of de aansprakelijkheid van de bestuurders zich beperkt tot het bedrag van de uitkeringen, eventueel te verhogen met het bedrag van de wettelijke rente, of dat indien de schade hoger is dan het genoemde bedrag, de vergoeding van het meerdere alsnog kan worden gevorderd.

De aansprakelijkheid op grond van artikel 216 beperkt zich tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De omvang van de aansprakelijkheid van bestuurders uit hoofde van artikel 216 bedraagt dus maximaal het bedrag of de waarde van de uitkeringen, vermeerderd met de wettelijke rente. Voor de ontvanger van een uitkering is de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 216 gemaximeerd op het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, vermeerderd met de wettelijke rente. Dit laat onverlet dat bestuurders of aandeelhouders tevens aansprakelijk kunnen zijn op andere gronden, waaronder de onrechtmatige daad (6:162 BW) en onbehoorlijke taakvervulling bij een faillissement van de vennootschap (2:248 BW). Artikel 216 staat er dus niet aan in de weg dat schade op andere gronden op de bestuurders of aandeelhouders kan worden verhaald, met dien verstande dat er niet twee keer aansprakelijkheid kan ontstaan voor dezelfde schade. In artikel 2:248 BW ziet de aansprakelijkheid in faillissement op het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Zoals ook in de brief van BDO Accountants is opgemerkt, kan deze aansprakelijkheid verder reiken dan de aansprakelijkheid op grond van artikel 216, waarin de aansprakelijkheid geldt voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.

De vraag van de leden van de **D66**-fractie of de goedkeuring van een uitkering een uitdrukkelijk bestuursbesluit vergt, is beantwoord aan het begin van deze paragraaf 3.4.

### *3.5. Bescherming crediteuren*

Bij de leden van de **CDA**-fractie rijst de vraag of de positie van crediteuren verbetert ten opzichte van de huidige situatie. De huidige bescherming in de vorm van de buffer die het gestorte deel van het kapitaal en de reserves vormen, valt in haar geheel weg. Deze leden vragen een reactie op de opmerking van prof. Van Veen dat de

voorgestelde regeling de bescherming van crediteuren reduceert tot het absolute minimum.

De stelling van prof. Van Veen deel ik niet. Ik wijs hierbij ook op het aanvullende advies van de Commissie vennootschapsrecht dat als bijlage bij deze nadere memorie van antwoord is gevoegd. Uit de onderzoeken en adviezen in de aanloop naar het wetsvoorstel en uit de reacties in de consultatie is gebleken dat het minimumkapitaal en de kapitaalbescherming in de praktijk schuldeisers niet effectief beschermen, terwijl zij wel leiden tot hoge administratieve lasten voor ondernemers. Nu het huidige stelsel niet goed functioneert, valt niet in te zien waarom de afschaffing daarvan ertoe zou leiden dat de crediteurenbescherming wordt gereduceerd. De bescherming van crediteuren krijgt in het voorgestelde stelsel vorm door de uitkeringstest en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders. De aansprakelijkheidsregeling biedt crediteuren wel degelijk bescherming in die gevallen waarin bescherming geboden is, namelijk wanneer bij de besluitvorming over een uitkering de belangen van de crediteuren zijn veronachtzaamd. Wellicht nog belangrijker dan de aansprakelijkheidsregeling is het vergroten van de bewustwording omtrent het belang van crediteurenbescherming. De codificatie van de uitkeringstest kan de partijen die betrokken zijn bij de besluitvorming over uitkeringen in sterkere mate bewust maken van de noodzaak om in een vroeg stadium te onderzoeken wat de gevolgen zijn van een voorgenomen uitkering en daar van af te zien indien dat onderzoek uitwijst dat de uitkering leidt tot betalingsonmacht bij de vennootschap.

### *3.6. Faillissementspauliana*

De leden van de **D66**-fractie vragen of zij het goed begrijpen 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 216 lid 3, maar dat aantasting van een dividenduitkering op grond van de faillissementspauliana, indien deze voldoet aan de eisen van artikel 42 Faillissementswet, tevens mogelijk blijft.

Zoals hierboven is aangegeven in antwoord op de laatste vraag van de leden van de CDA-fractie in paragraaf 3.4, staat het voorgestelde artikel 216 er niet aan in de weg dat de curator ten aanzien van een dividenduitkering een beroep doet op andere gronden voor aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor het inroepen van gronden voor aantasting van het uitkeringsbesluit.

### *3.7. Verhouding met onrechtmatige daad*

De leden van de D66-fractie vragen naar de verhouding tussen het voorgestelde artikel 216 en de onrechtmatige daad uit artikel 6:162 BW. Zij vragen een reactie op

de stelling dat individuele crediteuren in faillissement de bestuurders en aandeelhouders bij benadelende uitkeringen kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad, zij het dat het belang van een behoorlijke afwikkeling met zich kan brengen dat, indien ook de curator vanwege de uitkering een vordering uit hoofde van artikel 2:216 lid 3 of 6:162 BW heeft ingesteld, eerst op deze vordering van de curator wordt beslist en vervolgens op die van de individuele schuldeisers.

Deze lezing van de leden van de D66-fractie kan ik onderschrijven. Ik verwijs naar mijn antwoord op de laatste vraag van de leden van de CDA-fractie in paragraaf 3.4, waarin ook op de onrechtmatige daad wordt ingegaan.

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

##### *4.1. Bescherming van minderheidsaandeelhouders*

De leden van de **CDA**-fractie wensen dat de omzetting van een bv in een nv wordt uitgesloten van het toepassingsbereik van artikel 181 lid 5.

De voorliggende regeling is op dit punt het gevolg van een Kamerbreed gesteund amendement. Indien dat amendement zou worden teruggedraaid, dan heeft dat ook een onwenselijk gevolg. Indien de omzetting van een bv in een nv wordt uitgesloten van toepassing van artikel 181 lid 5, dan zou dat voor de winst- en stemrechtloze aandeelhouders betekenen dat zij alsnog dubbele bescherming zouden genieten: ten eerste in de vorm van onderhandelingen over hun positie na de omzetting dan wel over schadeloosstelling en ten tweede door een stem in een vergadering van aandeelhouders van een bijzondere soort die de omzetting zou kunnen tegenhouden. De mogelijkheid om de omzetting te blokkeren lijkt mij niet gewenst.

De leden van de CDA-fractie vragen ook om een toelichting waarom alleen de werking van artikel 231 lid 4 wordt uitgesloten. Zij zijn het niet eens met de stelling in de memorie van toelichting dat de artikelen 195 lid 3, 216 lid 8, 226 lid 2, 228 leden 4 en 5, 242 lid 1, 252 lid 1 en 253 geen bescherming zouden bieden tegen wijziging van specifieke statutaire bepalingen. In de gevallen waarin wenselijk is dat de werking van artikel 231 lid 4 wordt uitgesloten, zou ook de werking van de andere genoemde bepalingen moeten worden uitgesloten, aldus deze leden. Zij vragen hierop in te gaan.

De door de leden van de CDA-fractie genoemde artikelen bieden aandeelhouders bescherming tegen wijziging van specifieke statutaire bepalingen die hun bijzondere rechten toekennen (Kamerstukken I 2011/12, 31 058, C, p. 18). Het is niet nodig of gewenst om deze bescherming te onthouden in het geval van een omzetting van een bv. De genoemde bepalingen bieden bescherming aan de desbetreffende (individuele of groep van) aandeelhouders doordat zij hun instemming kunnen onthouden aan onderdelen van de statutenwijziging zonder tegen de

omzetting te stemmen. Dit sluit aan bij artikel 2:18 BW, dat stelt dat voor een omzetting naast een besluit tot omzetting ook een besluit tot statutenwijziging is vereist. Indien de eerder genoemde artikelen van toepassing blijven, dan kunnen wijzigingen in de statuten over de desbetreffende rechten en bevoegdheden slechts met instemming van de betrokken aandeelhouders doorgang vinden. Dat is niet anders dan bij statutenwijzigingen buiten omzetting.

De uitsluiting van de bescherming van artikel 231 lid 4 is wel nodig, want deze voorkomt dubbele bescherming in twee situaties. Ten eerste de situatie die in het antwoord op de vorige vraag is beschreven, namelijk de dubbele bescherming van houders van stem- of winstrechtloze aandelen. Ten tweede wordt dubbele bescherming van minderheidsaandeelhouders voorkomen, die anders tweemaal zouden kunnen stemmen tegen de omzetting als geheel, namelijk zowel in de algemene vergadering als in een vergadering van hun groep van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

De leden van de CDA-fractie dringen aan op analoge toepassing van artikel 242 lid 1, tweede volzin, op een besluit tot statutenwijziging waarbij de bevoegdheid tot het verlenen van een concrete instructie (artikel 239 lid 4) wordt ingevoerd, ingetrokken of gewijzigd. Volgens de voorgestelde regeling kan deze bevoegdheid het geven van concrete instructies zonder beperkingen betreffen en gaat daarmee verder dan de huidige bevoegdheid om op nader bepaalde beleidsgebieden algemene richtlijnen te geven. Dit zou bijvoorbeeld volgens de aan het woord zijnde leden een meerderheidsaandeelhouder in staat stellen om de macht naar zich toe trekken. Deze leden vragen of het niet juist de bedoeling is van bepalingen als artikel 242 lid 1 tweede volzin, om te voorkomen dat minderheidsaandeelhouders naar de rechter moeten.

In het wetsvoorstel geniet de minderheidsaandeelhouder bijzondere bescherming bij besluiten die een aantasting (kunnen) vormen van de (minderheids)aandeelhoudersrechten. Een voorbeeld daarvan is het door deze leden genoemde artikel 242 lid 1, tweede volzin. Bij een besluit tot statutenwijziging waarbij de bevoegdheid tot het verlenen van een concrete instructie wordt ingevoerd, is geen sprake van afbreuk van rechten van minderheidsaandeelhouders. Bij vennootschappen met een meerderheidsaandeelhouder zal die meerderheidsaandeelhouder doorgaans in staat zijn om het bestuur te benoemen. Het bestuur is op grond van artikel 239 lid 1 belast met het besturen van de vennootschap. Artikel 239 lid 4 biedt de mogelijkheid om in de statuten een orgaan de bevoegdheid te geven tot algemene instructies aangaande die bestuurszaak. In het wetsvoorstel wordt deze mogelijkheid uitgebreid tot concrete instructies. Noch bij algemene, noch bij concrete instructies is sprake van inperking van de bevoegdheid van de algemene vergadering of van aantasting van rechten van (minderheids)aandeelhouders. Zowel bij bestuursbesluiten in het

algemeen als bij bestuursbesluiten na instructie worden (minderheids)aandeelhouders beschermd door de regel dat het bestuur zich moet richten naar het belang van de vennootschap (vgl. het voorgestelde artikel 239 lid 4). Hiermee wordt voorkomen dat het bestuur zich uitsluitend laat leiden door een deelbelangen, in het bijzonder dat van de meerderheidsaandeelhouder. Voor extra eisen aan de besluitvorming, bijvoorbeeld door het van toepassing verklaren van artikel 242 lid 1, tweede volzin, wordt daarom geen aanleiding gezien.

#### *4.2. Bescherming bij prijsbepaling aandelen*

De leden van de CDA-fractie vragen zich af of de op grond van artikel 192 lid 3 en 195 lid 4 bij statutenwijziging in te voeren afwijkende prijsbepalingsregeling adequaat is. Zij vragen of deskundigen bij het vaststellen van de waarde van de aandelen bij toepassing van artikel 192a rekening moeten houden met het feit dat een verkrijgende aandeelhouder is gebonden aan een op grond van artikel 192 lid 3 of artikel 195 lid 4 bij statutenwijziging ingevoerde afwijkende prijsbepaling. Deze leden vragen of de artikelen wel bescherming bieden tegen de invoering van een waardedrukkende prijsbepalingsregeling en of bij wijziging van bepalingen die betrekking hebben op de prijsbepaling van aandelen dezelfde bescherming zou moeten worden toegekend als waarin het wetsvoorstel voorziet bij wijzigingen van het winstrecht (artikel 216 lid 8).

Artikel 192a lid 1 biedt bescherming aan de verkopende aandeelhouder die niet gebonden is aan een statutaire verplichting of eis, maar zijn aandelen niet of slechts onder uiterst bezwaarlijke voorwaarden kan overdragen vanwege het feit dat de verkrijger van de aandelen wél gebonden is aan die verplichting of eis. Op grond van artikel 192a lid 2 geldt die bescherming óók, indien de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is in verband met de gebondenheid van de verkrijger aan een statutaire prijsbepalingsregeling waaraan de verkoper niet is gebonden. Deskundigen dienen bij de toepassing van artikel 192a een dergelijke prijsbepalingsregeling (in het voorbeeld van de leden van de CDA-fractie een regeling die bepaalt dat de waarde moet worden gesteld op 80% van de intrinsieke waarde van het aandeel) buiten toepassing te laten. De verkopende aandeelhouder wordt dus beschermd tegen het waardedrukkend effect van een prijsbepalingsregeling waaraan hij niet is gebonden. Nu het wetsvoorstel de verkopende aandeelhouder bescherming biedt, wordt geen aanleiding gezien voor een nadere regeling overeenkomstig artikel 216 lid 8.

#### *4.3. Stortingsplicht ex artikel 208*

De leden van de CDA-fractie vragen waarom, indien sprake is van vermindering van het nominale bedrag van slechts een deel van de aandelen, er geen sprake zou kunnen zijn van terugbetaling of ontheffing van de stortingsplicht. Dit zou volgens



deze leden onderdeel kunnen zijn van de arrangementen die de aandeelhouders en de vennootschap hebben getroffen.

Vermindering van het nominale bedrag van slechts een deel van de aandelen is mogelijk ten aanzien van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Zoals de leden van de CDA-fractie stellen, kan er daarbij sprake zijn van terugbetaling of ontheffing van de stortingsplicht. Dat laatste volgt uit artikel 208 lid 4, waarin de voorwaarde is opgenomen dat de terugbetaling of ontheffing geschiedt naar evenredigheid op alle aandelen van die soort of aanduiding. Van die voorwaarde kan slechts worden afgeweken met instemming van alle betrokken aandeelhouders.

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

De leden van de CDA-fractie wijzen op een dilemma voor bestuurders-aandeelhouders bij de ondertekening van de jaarrekening, die geen decharge willen verlenen aan medebestuurders. Om aan hun wettelijke plicht om een jaarrekening op te stellen te voldoen, moeten zij volgens deze leden tekenen, maar om de mogelijkheid tot aansprakelijkheidstelling van medebestuurders op grond van onbehoorlijke taakvervulling te kunnen behouden, mogen zij niet tekenen. Deze leden vragen toe te lichten wat wordt bedoeld met de opmerking dat het aandeelhouders vrij staat om hierover een nadere regeling te treffen in de statuten. Zij vragen of hiermee is bedoeld 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.

Het bestuur moet ingevolge artikel 210 lid 1 de jaarrekening opmaken. Lid 2 laat de mogelijkheid open dat de handtekening van een of meer bestuurders of commissarissen ontbreekt; daarvan moet dan onder opgave van redenen melding worden gemaakt. Die redengeving is vooral ten behoeve van de algemene vergadering die de jaarrekening moet vaststellen. Een bestuurder die geen kwijting wenst te verlenen aan zijn medebestuurder(s), kan dus afzien van ondertekening. In dat geval is artikel 210 lid 5 niet van toepassing. Wordt er vervolgens een algemene vergadering gehouden en wordt daar door een meerderheid van de bestuurders de jaarrekening vastgesteld, dan kan de jaarrekening gewoon gedeponereerd worden bij het handelsregister (artikel 394 lid 1). De bestuurder die niet getekend heeft, kan dan als aandeelhouder zijn decharge aan zijn medebestuurder(s) onthouden. Is er in de algemene vergadering geen meerderheid voor vaststelling van de jaarrekening, dan zal eerst het conflict binnen het bestuur opgelost moeten worden, alvorens de jaarrekening (ondertekend en) vastgesteld kan worden. Artikel 210 lid 5 geeft in de laatste volzin de mogelijkheid om in de statuten ondertekening en vaststelling van de jaarrekening los te koppelen. Daarmee wordt tegelijkertijd de koppeling met het

verlenen van kwijting losgelaten. Het wetsvoorstel voorziet niet in de mogelijkheid om in de statuten op te nemen dat ondertekening van de jaarrekening wel leidt tot haar vaststelling, maar niet tot het verlenen van kwijting.

De vraag van BDO of de faciliteit van artikel 210 lid 5 ook van toepassing zou moeten zijn op het besluit tot winstbestemming, beantwoord ik ontkennend. Het voorgestelde artikel 216 lid 1 biedt de mogelijkheid dat de statuten de bevoegdheid tot winstbestemming kunnen beperken of kunnen toekennen aan een ander orgaan. Daar bestaat dus al grotere vrijheid voor de vennootschap dan bij het dwingend voorgeschreven opstellen, ondertekenen en vaststellen van de jaarrekening. Toevoeging van de winstbestemming aan artikel 210 lid 5 levert weinig of niets op.

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

De leden van de CDA-fractie vragen of bij meerderheidsbesluit bepaalde gewone aandelen kunnen worden geconverteerd in preferente aandelen die slechts recht geven op 2% van de nominale waarde van de aandelen. Zij vragen of de interpretatie in de memorie van antwoord dat doorslaggevend is of de wijziging leidt tot een lagere winstuitkering kan leiden tot chicanerend gedrag en of deze problemen niet beter kunnen worden ondervangen door net als bij wijzigingen in het stemrecht ook bij wijzigingen in het winstrecht de instemming van alle aandeelhouders te verlangen.

Voor de bescherming die artikel 216 lid 8 aan de aandeelhouder biedt, is bepalend of de statutenwijziging afbreuk doet aan het winstrecht dat aan zijn aandelen is verbonden. In het voorbeeld van de leden van de CDA-fractie is sprake van een statutenwijziging waarmee gewone aandelen worden geconverteerd in preferente aandelen met een lager winstrecht. In dat geval is er sprake van een statutenwijziging die afbreuk doet aan het winstrecht van de houders van aandelen waarop de conversie betrekking heeft. Die aandeelhouders worden derhalve beschermd door artikel 216 lid 8. Een regeling waarin een wijziging van het winstrecht de instemming vereist van alle aandeelhouders in wier rechten wijziging wordt gebracht, zoals de leden van de CDA-fractie suggereren, zou de flexibiliteit onnodig beperken.

## **5. Fiscale aspecten**

### *5.1. Fiscale transparantie*

De leden van de **VVD**-fractie verwijzen naar een artikel in het Weekblad Fiscaal Recht, waarin de suggestie wordt gedaan voor fiscale transparantie (J.L. van de Streek, 'Proefballonnen voor de toekomst van de vennootschapsbelasting', *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2012/329). Dit zou in lijn met de flexibilisering van het bv-recht ook het fiscale aspect flexibiliseren, aldus de leden van de VVD-fractie. Zij vragen de regering

deze gedachte mee te nemen bij de verkenning naar een winstbox voor ondernemers, en daarover haar visie geven in het licht van het onderhavige wetsvoorstel.

De gedachte waarnaar deze leden verwijzen, betreft de mogelijkheid van een optionele fiscale transparantie voor bepaalde vennootschapsbelastingplichtige lichamen. De optionele transparantie zou moeten gelden voor vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders die nauw betrokken zijn bij de besluitvorming van de vennootschap, waaronder joint-venture-bv's. Voor de belastingheffing zou dan worden afgeweken van de civiel-juridische werkelijkheid. Een optionele herkwalificatie van de bv als fiscaal transparante rechtsvorm zou ingrijpende gevolgen hebben, bijvoorbeeld op het gebied van de inhoudingsplicht voor de sociale verzekeringen van het lichaam en op het gebied van het pensioen in eigen beheer dat een directeur-grotoaandehouder kan hebben opgebouwd bij het lichaam. Een ander probleem is de vermogensetikettering in de inkomstenbelasting die niet geldt in de vennootschapsbelasting. Als het lichaam bezittingen heeft die in de inkomstenbelasting geen ondernemingsvermogen zijn, leidt fiscale transparantie fiscaal tot een sfeerovergang en zal moeten worden afgerekend. Gelet op het voorgaande heeft het kabinet ervoor gekozen eerst te bezien welke praktijkervaringen de nieuwe bv gaan opleveren alvorens eventueel te overwegen of er reden is over te gaan tot fiscale wijzigingen. De gedachte zal daarom niet worden meegenomen in de Verkenning winstbox.

### *5.2. Zeggenschapseis*

De leden van de **CDA**-fractie hebben vragen gesteld over de in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel "Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht" aangekondigde wijziging van artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003. Deze voorgestelde 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 vragen of in deze passage niet ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat ook onder de huidige regelgeving een dergelijke zeggenschapseis wordt gesteld. Naar de mening van de leden is dit namelijk niet het geval en wordt de gewenste flexibilisering onnodig versterkt door deze eis in te voeren. De leden geven in dit kader ook een voorbeeld waarbij onder de huidige regelgeving wel een fiscale eenheid mogelijk zou zijn, maar na de flexibilisering niet. In dit voorbeeld bezit M BV de juridische en economische eigendom van 96% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in D BV. M BV is tevens gerechtigd tot ten minste 95% van de winst en het vermogen van D BV. Het stemrecht per aandeelhouder is door D BV echter gemaximeerd, waardoor M BV slechts 20% van de stemmen in de aandeelhoudersvergadering van D BV kan uitbrengen. In een dergelijke situatie is onder de huidige regelgeving volgens de leden

wel een fiscale eenheid mogelijk, maar na de flexibilisering niet meer, omdat M BV niet de vereiste zeggenschap in D BV heeft. De leden menen dat het echter niet de bedoeling kan zijn dat in het kader van de flexibilisering fiscale drempels worden opgeworpen waarmee de flexibilisering wordt tegengaan. Zij vragen hierop een reactie.

Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is voor het aangaan van een fiscale eenheid vereist dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij. Met deze bezitseis, en dan specifiek het vereiste dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de juridische eigendom van de aandelen moet hebben, heeft de wetgever impliciet tot uitdrukking gebracht dat de moedermaatschappij ook ten minste 95% van de stemrechten in de dochter dient te bezitten. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis, waarin bijvoorbeeld ten aanzien van door de dochtermaatschappij verpande aandelen is opgemerkt dat de bezitseis niet uitsluit dat aandelen van de dochtermaatschappij in pand worden gegeven, maar dat als de stemrechten op die aandelen formeel of materieel niet langer aan de moedermaatschappij toekomen niet langer voldaan wordt aan de bezitseis.<sup>3</sup>

Onder het huidige recht wordt er derhalve vanuit gegaan dat het bezit van de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij betekent dat ook ten minste 95% van de stemrechten in de dochter kan worden uitgeoefend. Zoals hieronder uiteengezet betreft het hier alleen situaties waarin de statutaire stemrechten zijn toegewezen aan anderen dan de lichamen die tot de fiscale eenheid behoren.

Zoals aangegeven in genoemde memorie van toelichting, vormt het wetsvoorstel flexibilisering bv-recht de aanleiding om de eis ten aanzien van de stemrechten expliciet in het Besluit fiscale eenheid 2003 tot uitdrukking te brengen. Met een dergelijke aanpassing is geen wijziging beoogd ten opzichte van de bestaande praktijk, bijvoorbeeld voor situaties waarin op basis van een overeenkomst tussen het bestuur van de dochtermaatschappij en andere betrokkenen bij de dochter, die andere betrokkenen een bepaalde mate van zeggenschap of inspraak hebben bij (belangrijke) beslissingen van die dochter. Doel is alleen dat een fiscale eenheid niet kan worden gevormd in de situatie waarin de statutaire stemrechten en de winstrechten over verschillende aandelen zijn verdeeld terwijl de statutaire stemrechten niet aan de moedermaatschappij toekomen. Anders gezegd, voorkomen wordt dat een deel van de statutaire stemrechten de facto buiten de fiscale eenheid komt te liggen (vergelijk HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, V-N 2010/28.21 en Hof Amsterdam 7 april 2012, nr.

---

<sup>3</sup> MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 31.

2010/00394, LJV BQ3394). Voor bestaande fiscale eenheden die in overeenstemming met de geldende regelgeving tot stand zijn gekomen, zal de wijziging geen gevolgen hebben (zolang uiteraard de statuten niet worden gewijzigd). Tot op heden zijn er overigens, voor zover bekend, geen gevallen geweest waarin om een fiscale eenheid is verzocht in een situatie zoals door de leden van het CDA fractie is geschetst. Het vormen van een fiscale eenheid in gevallen waarin statutair is bepaald dat de stemrechten in onvoldoende mate aan de moedermaatschappij toekomen, is naar mijn mening ook onder de huidige regelgeving niet in overeenstemming met het regime van de fiscale eenheid. Mochten er in de praktijk toch dergelijke fiscale eenheden tot stand zijn gekomen, dan zal hier op passende wijze mee worden omgegaan.

## **6. Overig**

### *6.1. Adviesrecht bestuurders en commissarissen*

De leden van de **VVD**-fractie stellen vraagtekens bij de opmerking in de memorie van antwoord dat bestuurders en commissarissen ook een adviesrecht hebben in een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en of vragen of dit wel uit het wetsvoorstel kan worden afgeleid.

Bij nader inzien constateer ik dat de VVD-fractie gelijk heeft. In artikel 227 lid 7 van het wetsvoorstel is bepaald dat de raadgevende stem geldt voor de algemene vergadering en, op grond van artikel 238 lid 2, laatste zin, tevens bij besluitvorming van de aandeelhouders buiten vergadering. Bij een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is geen sprake van een algemene vergadering, noch van besluitvorming in de zin van artikel 238. Het gaat immers om een besluit van een ander orgaan dan de algemene vergadering. Aan een dergelijk orgaan kunnen bij de statuten bevoegdheden worden toegekend. Het geven van advies door het bestuur in het belang van de vennootschap ligt bij nader inzien bij dergelijke statutaire bevoegdheden minder voor de hand dan bij de wettelijke (en statutaire) bevoegdheden van de algemene vergadering. Ik ben het dus met de leden van de VVD-fractie eens dat de raadgevende stem in vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding niet geldt. In dat opzicht komt er geen verandering in de situatie zoals die al geldt onder het huidige bv-recht.

### *6.2. Hoofdelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders*

De leden van de **CDA**-fractie verwijzen naar de beantwoording van de vraag naar de regeling betreffende de aansprakelijkheid van aandeelhouders jegens derden op grond van een statutaire regeling. Daaruit blijkt volgens hen dat de regering aanneemt dat door de statutaire regeling een verbintenisrechtelijke verhouding tot stand komt tussen de aandeelhouder en derde (Kamerstukken I 2011/12, 32 426, C, p. 15). Zij

vragen aan te geven hoe voor derden kenbaar kan zijn wie de aandeelhouders zijn van de vennootschap. Zij vragen of bijvoorbeeld wordt overwogen om 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.

Door de statutaire regeling kan er een verbintenisrechtelijke verhouding tot stand komen tussen de aandeelhouder en derden. Indien er sprake is van een statutaire aansprakelijkheid jegens een derde, zal die derde normaal gesproken weten wie de aandeelhouders zijn die zich aansprakelijk hebben gesteld. Is er sprake van aansprakelijkheid jegens derden in het algemeen, inderdaad een situatie die enigszins vergelijkbaar is met een vennootschap onder firma, dan zal een derde die een contract sluit met de vennootschap doorgaans willen weten wie de aandeelhouders zijn die zich aansprakelijk hebben gesteld als extra waarborg voor de nakoming van verplichtingen van de vennootschap. Voor nieuwe inschrijvingsverplichtingen wordt daarom geen aanleiding gezien.

De leden van de CDA-fractie vragen of de gevolgen van wijziging of intrekking van een aansprakelijkheidsregeling als bedoeld in de vorige vraag niet in de wet zouden moeten worden vastgelegd.

Indien een statutaire verplichting geldt jegens een specifieke derde en tevens een recht met een financieel belang weerspiegelt, zal er bij wijziging of intrekking van die verplichting vaak sprake zijn van het toebrengen van nadeel aan het recht van de derde en kan deze een beroep doen op de bescherming uit hoofde van artikel 2:232 BW. Bij een statutaire verplichting die een aansprakelijkheid van aandeelhouders jegens derden in het algemeen in het leven roept, zie ik geen aanleiding voor een nadere wettelijke regeling ten aanzien van wijziging of intrekking van die regeling. Omdat de aansprakelijkheidsregeling in de statuten moet worden opgenomen, is een wijziging of intrekking voor derden kenbaar. Mocht een wijziging of intrekking van de statutaire regeling leiden tot benadeling van schuldeisers, bijvoorbeeld doordat in het zicht van een faillissement van de vennootschap de statutaire aandeelhoudersaansprakelijkheid wordt opgeheven, dan zullen de benadeelde schuldeisers de aandeelhouders kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad.

### *6.3. Uitkeringsdrempel*

De leden van de CDA-fractie vragen hoe een vennootschap die zich jegens derden wil afficheren met een (hoge) uitkeringsdrempel, daar uitvoering aan zou moeten geven en of het mogelijk wordt om het bedrag van de statutaire reserves op te geven bij het handelsregister. Ook vragen zij of de bv-regeling op dit punt aan transparantie en

flexibiliteit inboet, omdat statutaire reserves door statutenwijziging kunnen worden opgeheven en aan de terugbetaling van kapitaal geen restricties zijn gesteld.

Het is juist dat statutaire reserves via een statutenwijziging kunnen worden opgeheven en dat reserves die worden omgezet in kapitaal vervolgens kunnen worden uitgekeerd. De bescherming voor crediteuren is dus betrekkelijk. Het is belangrijk om op te merken dat dit onder de huidige regeling ook het geval is, met als enige verschil dat de vennootschap het verplichte minimumkapitaal van 18.000 euro niet mag uitkeren. Een vennootschap die zich onder de nieuwe regeling wil afficheren met een uitkeringsdrempel kan in de statuten bepalen dat de algemene vergadering bij het vaststellen van uitkeringen rekening moet houden met een minimumkapitaal. Het voorgestelde artikel 216 bepaalt namelijk dat de bevoegdheid van de algemene vergadering tot vaststelling van uitkeringen in de statuten kan worden beperkt. Die beperking kan bijvoorbeeld inhouden dat een uitkering er niet toe mag leiden dat het eigen vermogen lager wordt dan 100.000 euro. Een besluit in strijd met een statutaire bepaling is nietig. Schrapping van een dergelijke beperking is mogelijk, maar dat vereist een besluit tot wijziging van de statuten, hetgeen openbaar wordt via het Handelsregister.

#### *6.4. BDO-brief*

In de brief van BDO Accountants is ervoor gepleit dat de laatste zin van artikel 175 lid 1 wordt verduidelijkt door te bepalen dat met de formulering "aandeel met stemrecht" een aandeel met stemrecht in de algemene vergadering is bedoeld. Hoewel dit reeds volgt uit de strekking van de regeling, kan het voorstel bijdragen aan verduidelijking van de regeling. Bij gelegenheid zal dit worden meegenomen. Hetzelfde geldt voor het voorstel in de BDO-brief om in artikel 207a lid 1 te verduidelijken dat ook een verkrijging die niet voldoet aan de laatste zin van artikel 175 lid 1, nietig is.

In de brief van BDO is een aantal vragen gesteld over aandelen met een bepaalde aanduiding. Het is juist dat, indien aan een of meer aandelen met een bepaalde aanduiding (bijvoorbeeld de gewone aandelen 1 t/m 5) een bepaalde bevoegdheid op grond van artikel 189a wordt toegekend, deze aandelen daardoor nog niet kwalificeren als behorende tot een soort. In artikel 189a en elders in het wetsvoorstel wordt telkens gesproken van aandelen van een bepaalde soort *of* aanduiding. Deze formulering impliceert dat er sprake is van twee categorieën. Met het toevoegen van aandelen met een bepaalde aanduiding in artikel 201 lid 3 is niet beoogd om een materiële wijziging aan te brengen in de mogelijkheid om prioriteitsaandelen te creëren. De bepaling biedt ook in de nieuwe regeling de mogelijkheid om bepaalde zeggenschapsrechten toe te kennen aan de vergadering van houders van prioriteitsaandelen, mits dat niet leidt tot een wijziging van de wettelijke taken en bevoegdheden tussen de organen van de vennootschap. Wat het

wetsvoorstel toevoegt, is dat de zeggenschap niet alleen kan worden toegekend aan een nieuw uitgegeven soort aandelen, maar ook aan bestaande aandelen met een bepaalde aanduiding.

De Minister van Veiligheid en Justitie,