

Uitkeringen aan aandeelhouders van de flexibele BV

Inleiding

Op 6 mei 2004 werd het eindrapport van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht (hierna: de Expertgroep) aangeboden aan de Minister van Justitie (hierna: het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht). Dit rapport bevat aanbevelingen van experts over specifieke knelpunten en lacunes van het BV-recht zoals uit de bijeenkomsten van de Expertgroep en de literatuur zijn gebleken, evenals concrete voorstellen voor wettelijke herzieningen. De Expertgroep is door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken ingesteld in het kader van het project 'De flexibele BV'. Volgens de website van het Ministerie van Justitie is het doel van het project 'het BV-recht flexibeler te maken en beter te laten aansluiten bij de praktijk, zodat de BV aantrekkelijker wordt voor haar gebruikers, met inachtneming van de belangen van overige betrokkenen'.¹ Daartoe moesten echter eerst de knelpunten en lacunes in het huidige BV-recht worden onderzocht.

In het kader van hetzelfde project verscheen op 31 maart 2004 het eindrapport van het op verzoek van het ministerie van Economisch Zaken door Lennarts en Schutte-Veenstra verrichte rechtsvergelijkende onderzoek naar alternatieven voor kapitaalsbescherming, met als titel 'Versoepeling van het BV-kapitaalsbeschermingsrecht' (hierna: het Rapport Kapitaalsbeschermingsrecht).² Voor de zomer van 2004 is ten aanzien van dit onderwerp een wetsontwerp aangekondigd.

Een van de onderwerpen waaraan in beide rapporten bijzondere aandacht is besteed, betreft uitkeringen door een BV aan haar aandeelhouders, welk onderwerp in de praktijk vaak tot veel onduidelijkheid leidt.³ In deze bijdrage bespreken wij met name in hoeverre met de aanbevelingen van het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht de thans in de praktijk aanwezige onduidelijkheden en knelpunten ten aanzien van uitkeringen aan aandeelhouders van een BV zouden kunnen worden weggenomen.

Winstbestemming en winstverdeling

Onder het huidige recht (art. 2:216 lid 1 BW) komt de winst, voorzover bij de statuten niet anders is bepaald, de

-
1. Zie www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/bvrecht.
 2. M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalsbeschermingsrecht, eindrapport d.d. 31 maart 2004, Rijksuniversiteit Groningen.
 3. Zie voor een uitgebreide behandeling hiervan B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 42, Deventer: Kluwer 2003.

aandeelhouders ten goede. Indien de statuten hieromtrent niet anders bepalen, krijgen de aandeelhouders derhalve een wettelijk en rechtstreeks recht op uitkering van de winst. Veelal bepalen de statuten dat de winst ter beschikking staat van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA), hetgeen volgens de Expertgroep een indicatie is dat het huidige wettelijke uitgangspunt is versleten.

De Expertgroep acht het wenselijk om de wettelijke regeling op dit punt in overeenstemming te brengen met de bestaande praktijk. Zij doet dit door als uitgangspunt te nemen dat de bevoegdheid tot bestemming van de winst toekomt aan de AVA.⁴ Voorts acht de Expertgroep het wenselijk dat een ander daartoe bij of krachtens de statuten aangewezen orgaan bevoegd is de winst te verdelen/bestemmen. De mogelijkheid om een *ander* orgaan dan de AVA deze bevoegdheid te geven en de mogelijkheid een regeling *krachtens* de statuten op te nemen (bijvoorbeeld door middel van een overeenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn, of een door een orgaan vastgesteld reglement) dragen bij aan een grotere mate van flexibiliteit.

Aandelen zonder winstrecht

Lid 8 van het huidige artikel 2:216 BW bepaalt uitdrukkelijk dat geen van de aandeelhouders geheel kan worden uitgesloten van het delen in de winst. Het huidige wettelijke uitgangspunt is dat de uitkering van de winst aan de aandeelhouders geschiedt naar evenredigheid van de verplichte stortingen op het nominale bedrag van de aandelen, waarvan in de statuten kan worden afgeweken. Volgens de Expertgroep is in de praktijk echter gebleken dat het gewenst kan zijn dat niet iedere aandeelhouder in de winst deelt dan wel recht heeft op een gedeelte van het liquidatieoverschot.⁵

Ingevolge lid 8 van het door de Expertgroep voorgestelde artikel 2:216 BW kunnen de statuten bepalen dat aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen recht op winst en/of bepaalde reserves is verbonden. De Expertgroep merkt ons inziens hieromtrent terecht op dat ook zonder dat een aandeelhouder gerechtigd is tot de winst en/of de reserves, de aandeelhouder een aanspraak jegens de vennootschap blijft houden op terugbetaling van hetgeen hij heeft gestort, onder meer in de gevallen van kapitaalvermindering en liquidatie van de vennootschap. Een statutaire uitsluiting van iedere deling in de winst en/of reserves kan slechts betreffen aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan dit vóór de uitgifte is bepaald, dan wel alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders nadien met de statutaire uitsluiting van iedere gerechtigdheid tot deling in de winst en/of reserves hebben ingestemd.

4. Zie p. 78 van het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht.

5. Zie p. 79 van het rapport.

Uitkering van vrij uitkeerbare reserves

Het huidige artikel 2:216 lid 2 BW bevat de volgende test in verband met de uitkering van winst (hierna: de Equitytest):

‘De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen doen voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden.’

Deze Equitytest geldt echter niet enkel voor de uitkering van dividend, maar ook voor andere uitkeringen waarop lid 4 van artikel 2:216 BW van toepassing is:

‘De vennootschap mag tussentijds slechts uitkeringen doen, indien de statuten dit bepalen en aan het vereiste van het tweede lid is voldaan.’

In de praktijk bestaan er enige knelpunten met betrekking tot vrij uitkeerbare reserves en de uitkering van dividend. De Expertgroep heeft deze knelpunten geadresseerd en presenteert daarvoor een aantal oplossingen:

a. Welk orgaan is bevoegd om vrij uitkeerbare reserves uit te keren?

In de praktijk leidt de beantwoording van de vraag welk orgaan bevoegd is tot uitkering van vrij uitkeerbare reserves soms tot onduidelijkheid.⁶ In het algemeen wordt de AVA bevoegd geacht, tenzij de statuten een ander orgaan hiertoe aanwijzen. Een uitkering ten laste van de uitkeerbare reserves geschiedt meestal door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan, welk orgaan meestal het bestuur is. Veelal is dit hetzelfde orgaan als het orgaan dat bevoegd is tot reservering van (een deel van) de winst.

De Expertgroep meent dat niet alleen voor winstuitkeringen, maar ook voor uitkeringen ten laste van vrij uitkeerbare reserves de AVA bevoegd zou moeten zijn, behoudens indien bij de statuten anders wordt bepaald.

b. Welke regeling ziet op de uitkering van vrij uitkeerbare reserves?

Over de beantwoording van deze vraag wordt ook verschillend gedacht. Beckman⁷ en Timmerman⁸ menen dat het huidige artikel 2:216 BW niet ziet op de uitkering van reserves, maar uitsluitend op winstuitkeringen. Bier⁹ meent, onder verwijzing naar artikel 15 lid 1 sub a van de Tweede

6. B. Bier, a.w., p. 181; Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 2000, nr. 451.

7. H. Beckman, De vrije ruimte van het eigen vermogen, De NV 1986, p. 130-139.

8. H. Beckman & L. Timmerman, Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening, Ondernemingsrecht 2002, p. 227-230.

9. B. Bier, a.w., p. 201.

Vennootschap & Onderneming

EEG-Richtlijn, dat het huidige artikel 2:216 BW wel op de uitkering van reserves van toepassing is. Ook zijn er auteurs¹⁰ die menen dat slechts delen van artikel 2:216 BW van toepassing zouden zijn op de uitkering van reserves. Kortom, er is veel onduidelijkheid in de literatuur en daarmee ook in de praktijk. De Expertgroep stelt voor om in lid 5 van artikel 2:216 BW een uitdrukkelijke regeling voor de uitkering van reserves op te nemen. Voor een tussentijdse uitkering uit de reserves wordt de regeling inzake tussentijdse dividenduitkeringen van toepassing verklaard (zoals opgenomen in lid 3 van het voorgestelde art. 2:216 BW). Volgens de voorgestelde regeling zullen voor beide uitkeringen de grenzen van het gebonden vermogen in acht dienen te worden genomen.

Lid 12 van het door de Expertgroep voorgestelde artikel 2:216 BW bepaalt dat artikel 2:216 BW niet van toepassing is indien en voorzover de uitkeringen door de vennootschap geschieden in de vorm van aandelen in haar kapitaal of door bijschrijvingen op niet volgestorte aandelen. Deze bepaling wijkt af van de huidige regeling, waarbij ook voor de uitkering van winst en reserves in de vorm van aandelen het bepaalde in lid 2 van artikel 2:216 BW van toepassing wordt geacht.¹¹ De Expertgroep motiveert deze beperking van artikel 2:216 BW door erop te wijzen dat crediteuren door een dergelijke transactie niet worden benadeeld. Immers, het actief van de vennootschap waarop hun vorderingen verhaalbaar zijn, zal niet veranderen door een dergelijke uitkering.¹²

c. De liquiditeitspositie van de vennootschap

Onder de huidige regeling is voor het doen van een reguliere uitkering aan aandeelhouders de jaarrekening van belang. De uitkering van de winst kan pas plaatsvinden na de vaststelling of de goedkeuring van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is. Er wordt geen rekening gehouden met gebeurtenissen die zich na de gebruikte balansdatum hebben voorgedaan. In de regel wordt de jaarrekening pas een aantal maanden na afloop van het desbetreffende boekjaar vastgesteld en eventueel goedgekeurd. Het is denkbaar dat onder meer ten gevolge van in de laatste maanden geleden verliezen de winstuitkering niet meer ten laste van de vrij uitkeerbare reserves kan plaatsvinden. In de literatuur zijn de meningen verdeeld of een dergelijke uitkering dan nog wel kan plaatsvinden.¹³

Lennarts/Schutte-Veenstra¹⁴ hebben de problemen die zich hieromtrent voordoen, nader onderzocht en adviseren de invoering van een 'solventcytest'. Door middel van deze test dient te worden getoetst of de vennootschap over voldoende liquide middelen beschikt bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders ongeacht de wijze van uitkering. Deze 'solventcytest' zou volgens Lennarts/Schutte-Veenstra dienen te worden gecombineerd met een verklaring van het bestuur met betrekking tot de liquiditeit van de vennootschap. Het bestuur zou dienen te verklaren dat de vennootschap gedurende een periode van bijvoorbeeld twaalf maanden in staat zal zijn tijdig aan haar verplichtingen te voldoen. De uitkering zou dan binnen een bepaalde periode, van bijvoorbeeld vier weken, na het afgeven van de verklaring dienen plaats te vinden.

De Expertgroep beschouwt, ons inziens terecht, deze eis als een te zware belasting voor de vennootschap en haar bestuur, en stelt een andere regeling voor. In lid 2 van artikel 2:216 BW zal volgens de Expertgroep dienen te worden opgenomen dat het bestuur expliciet de bevoegdheid en de taak krijgt om de datum te bepalen waarop door de vennootschap aan de aandeelhouders en andere winstgerechtigden een voorgenomen uitkering betaalbaar wordt gesteld. Het bestuur zal alvorens er uitkeringen kunnen worden gedaan, een oordeel dienen te geven dat het redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog in staat is om aan haar opeisbare schulden te voldoen. Het dient derhalve een oordeel te geven over de liquiditeitspositie van de vennootschap. Lid 2 van het door de Expertgroep voorgestelde artikel 2:216 BW bepaalt voorts dat de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door uitkeringen veroorzaakte schade, indien de vennootschap, nadat zij de uitkeringen heeft gedaan, haar opeisbare schulden niet kan voldoen en de bestuurders wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap door de uitkeringen haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen. In navolging van lid 3 van artikel 2:203 BW wordt de wetenschap dat de vennootschap niet aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen, vermoed aanwezig te zijn wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering in staat van faillissement wordt verklaard. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkeringen heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

d. Tussentijdse uitkeringen

Uit jurisprudentie¹⁵ zou kunnen worden afgeleid dat voor de uitkering van interim-dividend men niet zonder meer op de laatst vastgestelde/goedgekeurde of nog vast te stel-

10. J.W. Winter, *Uitkering van winst en reserves volgens artikel 2:105/216 BW*, TVVS 1990, p. 189-193 en Van Schilfgaarde/Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 26.

11. Asser-Maeijer 2-III, a.w., nr. 451.

12. Zie p. 82 van het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht.

13. Kamerstukken II 1979/80, 15 304, nr. 6, p. 37; J.N. Schutte-Veenstra, *Harmonisatie van het Kapitaalsbeschermingsrecht*, diss. Groningen, 1991, p. 88-89; Van Schilfgaarde/Winter, a.w., nr. 26.

14. M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, a.w., p. 36-41.

15. Rb. Dordrecht 20 januari 1993, NJ 1996, 295 (Finnhouse); Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999, 168 (Berger q.q./Molenaar), Hof Den Haag 8 juni 1999, JOR 2000, 93.

len/goed te keuren jaarrekening mag afgaan. Onder verwijzing naar deze jurisprudentie acht de Expertgroep het wenselijk, in navolging van de NV-regeling, dat voor de BV ten aanzien van tussentijdse uitkeringen een tussentijdse vermogensopstelling dient te worden opgesteld. Echter, in afwijking van het NV-recht zal een accountantsverklaring niet nodig zijn. Een tussentijdse uitkering zal volgens het voorstel aan de volgende vereisten dienen te voldoen:

1. de AVA of een ander bij of krachtens de statuten aangewezen orgaan heeft daartoe besloten;
2. aan de Equitytest is voldaan blijktens een tussentijdse vermogensopstelling. In navolging van de NV-regeling heeft deze tussentijdse vermogensopstelling betrekking op de stand van het vermogen op ten vroegste de eerste dag van de derde maand voor de maand waarin het besluit tot uitkering bekend wordt gemaakt. Zij wordt opgemaakt met inachtneming van in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden. In de vermogensopstelling worden de krachtens de wet of de statuten te reserveren bedragen opgenomen. Zij wordt ondertekend door de bestuurders; ontbreekt de handtekening van één of meer bestuurders, dan wordt daarvan onder opgave van redenen melding gemaakt; en
3. dat naar het oordeel van het bestuur het redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog in staat is haar opeisbare schulden te voldoen.

Conclusie

Zoals in deze bijdrage is uiteengezet, zijn de huidige wettelijke bepalingen met betrekking tot uitkeringen aan aandeelhouders door een BV niet altijd even helder en doen deze niet in alle gevallen recht aan de praktijk. De Expertgroep heeft in haar rapport een aantal belangrijke knelpunten en lacunes geadresseerd met betrekking tot de uitkeringen aan aandeelhouders en daarmee haar doelstelling het BV-recht flexibeler te maken en beter te laten aansluiten bij de praktijk op dit deelterrein bereikt. De voorstellen van de Expertgroep voor wijziging van de wettelijke bepalingen verhelderen de huidige regeling op belangrijke punten.

Mr. J.A. Nolden
Mr. M. van Valen
Stibbe