

Uitkeringen door BV's na 1 oktober 2012: verouderde statuten in het licht van vernieuwde wetsartikelen

*Mr. K. Althaus LLM**

Inleiding

Meer dan twee jaar na de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: flex BV-recht) is een behoorlijk aantal BV-statuten nog steeds niet geactualiseerd. Dit kan in de praktijk problemen – althans rechtsonzekerheid – met zich brengen, bijvoorbeeld in het kader van uitkeringen. Een van de meest besproken wijzigingen van het flex BV-recht betreft de wijziging van artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (nieuw), waarin de ruimte om uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden te doen, is verruimd. Vóór de invoering van het flex BV-recht kon een BV een uitkering doen voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Volgens de nieuwe regeling kan een BV een uitkering doen voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves (art. 2:216 lid 1 BW (nieuw)). In de nieuwe regeling is daarnaast een goedkeuringsrecht van het bestuur van de BV opgenomen (art. 2:216 lid 2 BW), waarover later meer. De vraag is welke uitkeringsregels gelden voor een BV met statuten waarin de oude uitkeringsregels staan. Is dat de oude regeling zoals opgenomen in de statuten, of is dat de nieuwe wettelijke regeling?

Deze vraag kwam aan de orde in een uitspraak van 17 februari 2014 van Rechtbank Gelderland inzake PMR. De statuten van een besloten vennootschap (hierna: de Vennootschap) die een uitkering deed aan aandeelhouder PMR, gaven de inhoud van artikel 2:216 lid 2 BW (oud) weer.¹ De kern van deze bijdrage is om in het licht van de PMR-uitspraak lessen voor de praktijk te formuleren over hoe men om moet gaan met BV-statuten die nog teksten bevatten die gebaseerd lijken te zijn op oude wettelijke bepalingen, terwijl het nieuwe flex BV-recht van toepassing is. De Overgangswet NBW speelt bij de beantwoording van deze vraag een belangrijke rol.

In het volgende zal ik eerst de feiten en de toetsing door de Rechtbank Gelderland uiteenzetten. Vervolgens zal ik de oude en nieuwe toetsingsmaatstaf onder het oude en nieuwe arti-

kel 2:216 BW samenvatten. Voorts volgt een bespreking van de literatuur en de Overgangswet NBW. In het licht van onduidelijkheden in de theorie sluit ik af met een beoordeling en aanbeveling voor de praktijk.

De uitspraak van 17 februari 2014

Relevante feiten

PMR B.V. (hierna: PMR) was bestuurder en enig aandeelhouder van de Vennootschap. Kort samengevat bestond er een geschil tussen PMR en de gemeente Heerlen over de samenwerking in het kader van stadsontwikkeling bij het zogenoemde CBS-complex. Dit geschil werd door middel van een vaststellingsovereenkomst op 30 december 2012 beslecht. Op basis hiervan kwamen de partijen overeen dat PMR alle aandelen in de Vennootschap zou verkopen voor EUR 600.000 na uitkering van EUR 250.000 door de Vennootschap aan PMR. Het dividend werd uitgekeerd op 28 januari 2013 en alle aandelen in de Vennootschap werden aan de koper geleverd bij notariële akte van 29 januari 2013. De koper van de aandelen vorderde terugbetaling van het uitgekeerde dividend, omdat volgens de koper (1) de benodigde dividendbesluiten van de algemene vergadering en (2) de vereiste vastgestelde jaarrekeningen ontbraken. Daarnaast (3) heeft de dividendumkering tot een negatief eigen vermogen geleid, kende de Vennootschap tekorten op de wettelijke en statutair aan te houden reserves (van ten minste EUR 266.000, oplopend tot EUR 313.000) en kon de Vennootschap niet voldoen aan de opeisbare schulden, aldus de koper. De koper vorderde namens de uitkerende Vennootschap terugbetaling van het uitgekeerde dividend en liet derdenbeslag leggen ten laste van PMR.

Daartegen stelde PMR dat de jaarrekeningen, zoals die op 29 januari 2013 zijn vastgesteld, zijn gebaseerd op de gegevens zoals die op dat moment bij PMR bekend waren, en hiervan zou de koper op de hoogte zijn geweest. Op grond van de toen bekende stukken mocht de dividendumkering worden gedaan, omdat het eigen vermogen groter was dan de reserves, aldus PMR. PMR vorderde dan ook opheffing van het door de koper (hierna: Gedaagde) gelegde derdenbeslag.

* Mr. K. Althaus LLM is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Rb. Gelderland 17 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1976.

Verder is van belang dat de statuten van de Vennootschap de tekst van artikel 2:216 lid 2 en 3 BW (oud) weergeven:

‘Winstbestemming

Artikel 20

(...)

2. De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkering 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 moeten worden aangehouden.

3. Uitkering van winst geschiedt na de vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is.’

Uitspraak van Rechtbank Gelderland van 17 februari 2014

In reactie op bovengenoemde stellingen van Gedaagde oordeelde de rechtbank als volgt: uit de notulen van de algemene vergadering van PMR blijkt dat het voorstel om EUR 250.000 als dividend uit te keren met algemene stemmen is aanvaard, zodat er wel een besluit van de algemene vergadering ten grondslag ligt aan de dividenduitkering. Verder was de rechtbank van mening dat hij op grond van de voorgelegde stukken zodanig inzicht in de essentialia van de jaarrekening had om verantwoord te oordelen over het vermogen en het resultaat en, voor zover mogelijk, over de solvabiliteit en de liquiditeit van de Vennootschap. Dan was er volgens de rechter ook geen vastgestelde jaarrekening nodig.

Op de stelling van Gedaagde dat na de uitkering van het dividend het eigen vermogen van de Vennootschap negatief is geworden, reageerde de rechtbank in r.o. 5.9 als volgt:

‘[g]esteld noch gebleken is welke wettelijke reserves hadden moeten worden aangehouden. Ten aanzien van de statutaire reserves geldt dat een kapitaal van € 18.000 (welk bedrag vooralsnog nog steeds geldt nu geen wijziging van de statuten na 1 oktober 2012 op dit punt heeft plaatsgevonden en dit bedrag ook als zodanig is vermeld in de jaarrekening/kolommenbalans) aangehouden diende te worden.’

Op basis van de essentialia van de jaarrekening van de Vennootschap concludeerde de rechter dat – onder instandhouding van het kapitaal van EUR 18.000 – het daarnaast voor de Vennootschap beschikbare bedrag volgens de statuten voldoende was om als dividend te worden uitgekeerd. Het derdenbeslag werd opgeheven.

Analyse van de gehanteerde toetsing en relevante toetsingsmaatstaven

De rechtbank moest oordelen over een zaak met statuten die artikel 2:216 lid 2 en 3 BW (oud) letterlijk weergeven. De rechtbank komt dan ook niet toe aan de toepassing van artikel 2:216 lid 1 BW (nieuw). Het besluit tot dividenduitkering

heeft plaatsgevonden in december 2012 en dus na inwerking-treding van het flex BV-recht (op 1 oktober 2012). Het is dus de vraag of de rechtbank in deze situatie de relevante bepalingen uit de Overgangswet NBW op een juiste manier – en op basis hiervan de correcte toetsingsmaatstaf voor de dividenduitkering – heeft toegepast.

Toetsingsmaatstaf onder artikel 2:216 BW (oud)

De oude ‘kernregel van kapitaal- en vermogensbescherming’² bracht mee dat winstuitkering alleen mocht plaatsvinden als het gebonden vermogen niet wordt aangetast en voor zover er winst of vrij uitkeerbare reserves beschikbaar zijn (art. 2:216 lid 2 BW).³ Daarnaast gold volgens artikel 2:216 lid 3 BW (oud) dat winstuitkering pas mocht geschieden na de vaststelling van de jaarrekening, waaruit bleek dat zij geoorloofd was. Deze bepaling werd in de literatuur⁴ en in de rechtspraak⁵ nader uitgekristalliseerd: in beginsel moest worden uitgegaan van de laatst vastgestelde balans, maar dit kon anders zijn indien de algemene vergadering redelijkerwijs wist of moest weten dat er na de balansdatum zodanige verliezen waren geleden dat de vereiste ruimte voor een uitkering niet langer aanwezig was. Ook als er bij uitkeringen aan aandeelhouders sprake was van vrije ruimte, konden aandeelhouders en bestuurders onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk worden gesteld.⁶

Toetsingsmaatstaf onder artikel 2:216 BW (nieuw)

De uitgebreide balanstest of gebonden vermogenstest werd op 1 oktober 2012 vervangen door de beperkte balanstest en de uitkeringstest in combinatie met expliciete aansprakelijkheidsbepalingen voor bestuurders en aandeelhouders.

• *Beperkte balanstest*

Onder het flex BV-recht werd de balanstest als volgt beperkt: de algemene vergadering mag dividend uitkeren, indien het eigen vermogen groter is dan de reserves die volgens de wet en de statuten moeten worden aangehouden (art. 2:216 lid 1 BW (nieuw)). Volgens de memorie van toelichting moet de beperkte balanstest niet plaatsvinden ‘aan de hand van gegevens uit de (mogelijk verouderde) balans, maar aan de hand van de algehele financiële situatie van de vennootschap op het moment van de uitkering’.⁷

• *Uitkeringstest*

Een besluit tot dividenduitkering door de algemene vergadering moet worden goedgekeurd door het bestuur, dat slechts goedkeuring weigert indien het weet of redelijkerwijs behoort

2. Schutte-Veenstra, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2011, art. 2:216 lid 2 en 3, aant. 3.

3. Schutte-Veenstra 2011, art. 2:216 lid 2 en 3, aant. 3.

4. Zie samenvattend Schutte-Veenstra 2011, art. 2:216 lid 2 en 3, aant. 3.

5. Rb. Dordrecht 20 januari 1993, ECLI:NL:RBDOR:1993:AD1816, NJ 1996/295.

6. Zie HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, NJ 1992/174 (Nimox-arrest) en HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3045, JOR 2004/67 (Reinders/Didam-arrest).

7. Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 29.

te voorzien dat de vennootschap na de uitkering haar opeisbare schulden niet zou kunnen betalen (art. 2:216 lid 2 BW (nieuw)). Het bestuur mag uitsluitend goedkeuring weigeren indien deze uitkeringstest negatief uitvalt.⁸ Een aandeelhouder die een uitkering heeft ontvangen in strijd met de balansstest of zonder dat het bestuur zijn goedkeuring heeft verleend, is (ondanks eventuele goede trouw) verplicht hetgeen onverschuldigd is ontvangen, terug te geven. Een aandeelhouder die een uitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan (art. 2:216 lid 3 BW (nieuw)).⁹ Er moet dus worden beoordeeld of de vennootschap na de uitkering nog kan voortgaan met het voldoen van haar opeisbare schulden. Anders moet het bestuur zijn goedkeuring aan de uitkering onthouden en mag de uitkering niet plaatsvinden.

Volgens artikel 2:216 lid 1 BW (nieuw) kan de algemene vergadering in beginsel naast de bestemming van winst die uit de jaarrekening blijkt, ook andere uitkeringen vaststellen, bijvoorbeeld een uitkering van de winst over een afgelopen boekjaar waarover de jaarrekening nog niet is vastgesteld of een tussentijdse uitkering van winst over een lopend boekjaar.¹⁰ Dan zou het mogelijk zijn dat – indien pas later de jaarrekening wordt vastgesteld en de pas dan vastgestelde winst minder is dan het uitgekeerde bedrag – het verschil moet worden terugbetaald. Het besluit betrof namelijk de winst over een bepaald boekjaar.

In het geval van een tussentijdse uitkering van winst over een lopend boekjaar kan dit anders zijn, want de winst kan in de eerste maanden van het boekjaar zijn gemaakt, terwijl de jaarwinst lager kan uitpakken indien er later verliezen worden geleden. Volgens Bier moet dan ook in de besluitvorming hiermee rekening worden gehouden door als voorwaarde in de besluitvorming op te nemen dat de winst lager kan uitvallen en de uitkering overeenkomstig zal worden aangepast. In de praktijk zou de toetsing van een dergelijke situatie nogal lastig worden.¹¹

De mogelijkheid tot het doen van een uitkering is dus niet langer gekoppeld aan het gestorte en opgevraagde deel van het aandelenkapitaal, zodat er onder omstandigheden geen balansstest meer plaatsvindt voor het doen van uitkeringen aan aan-

deelhouders, omdat de vennootschap geen wettelijke of statutaire reserves heeft. Volgens Kemp en Van der Zanden leidt het uitkeren van toekomstig eigen vermogen, en dus winst, ertoe dat aandeelhouders hun toekomstige winst reeds ontvangen ten laste van crediteuren, die maar moeten hopen dat de voorziene winst vervolgens nog wordt gerealiseerd.¹² De auteurs stellen dat het tekort dat ontstaat op grond van uitkeringen die het eigen vermogen overtreffen (negatieve uitkeringsreserve), gebaseerd moet zijn op de daarin opgenomen toekomstige winst, maar dat de toekomstige winst nog niet tot het vermogen van de vennootschap behoort. Dit betreft dus nog niet gerealiseerde winst waarover de vennootschap aan de actiefzijde van de balans nog niet kan beschikken. Voor het verwerken van niet-gerealiseerde vermogensstijgingen in het actief van de balans moet de vennootschap niet-uitkeerbare reserves vormen. Met andere woorden, in het bepalen van de hoogte van de uitkering is toekomstig (potentieel) eigen vermogen meegerekend, aldus Kemp en Van der Zanden.¹³ Anders zou ook kunnen worden betoogd dat het doen van uitkeringen niet langer wordt gekoppeld aan vermogen, maar aan het antwoord op de vraag of de vennootschap kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en voor uitkering beschikbare activa.¹⁴ In dit verband vermeldt Berk dat de wetgever verzuimd heeft duidelijkheid te scheppen over de verantwoording van uitkeringen die het eigen vermogen te boven gaan, en dat het opnemen van een aparte post 'uitkeringen verricht boven het eigen vermogen' als onderdeel van het eigen vermogen valt te overwegen.¹⁵ Berk noemt ook dat het voordelen heeft als er geen wettelijke of statutaire reserves zijn en dus een tekort aan eigen vermogen geen beletsel vormt voor het doen van uitkeringen. Aandeelhouders kunnen dan anticiperen op de toekomst, zodat *trapped cash* wordt voorkomen. Bovendien kunnen zo investeringsfondsen hun investeerders eerder uitbetalen, zodat een betere *internal rate of return* wordt gerealiseerd. Daarnaast noemt Berk dat het proces van liquidatie van vennootschappen wordt vereenvoudigd.

Beoordeling van de omgang met artikel 2:216 BW (oud en nieuw) in de literatuur

Volgens de literatuur worden wetsartikelen in bestaande statutaire bedingen, maar ook bedingen die de zakelijke inhoud van een bestaand wetsartikel weergeven, geacht naar de nieuwe wetsartikelen te verwijzen, tenzij dat niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding.¹⁶ Deze stelling steunt op artikel 71 Overgangswet NBW:

8. Over de verhouding tussen het belang in het kader van de uitkeringstest en het vennootschapsbelang zie N.V. Douma, De flex-BV nader belicht, een overzicht van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die de wet introduceert, V&O 2012, p. 196-199 (p. 197-198).
9. Hierover uitgebreid Chr.M. Stokkermans, Verantwoorde uitkeringen, WPNR (2012) 6933, p. 415-418 en Chr.M. Stokkermans, Onverantwoorde uitkeringen, WPNR (2014) 7011, p. 275-288.
10. Hierover uitgebreid B. Bier, Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht 2014, p. 90-98 (p. 95); zie ook W.J.M. van Veen & P.M. van der Zanden, Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de B.V.: een verkenning, TvOB 2014, p. 27-38.
11. Bier 2014, p. 95.

12. B. Kemp & P.M. van der Zanden, Het anticiperen op toekomstige winsten door uitkering of toewijzing en de verantwoording daarvan in de jaarrekening bij de besloten vennootschap, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht 2014, p. 82-89 (p. 84).
13. Kemp & Van der Zanden 2014, p. 84.
14. Kemp & Van der Zanden 2014, p. 84.
15. Zie ook voor het volgende J.W.C. Berk, Uitkering zonder voldoende vermogen. Enkele kanttekeningen uit de juridische praktijk, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht 2014, p. 18-23 (p. 23).
16. Zie P.H.N. Quist, Topmodel met alle opties (II), een facclift voor de Flex-BV, TOP 2012, p. 37-45 (p. 43).

‘Een beding dat naar een vóór het in werking treden van de wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud van zo’n artikel weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding.’

Naar een letterlijke uitleg van artikel 71 Overgangswet NBW lijkt het verdedigbaar te zijn dat een verwijzing naar artikel 2:216 BW (oud) na de invoering van het nieuwe BV-recht ‘automatisch een wijziging van de strekking van bestaande statuten meebrengt’.¹⁷ De achterliggende gedachte van artikel 71 Overgangswet NBW is immers ook dat uit de enkele verwijzing naar een door de wetwijziging verouderd artikel nog niet mag worden afgeleid dat partijen per se toepassing van één of meer oude wetsbepalingen beoogden, terwijl er een verbeterde regel bestaat die dezelfde strekking als het statutaire beding heeft.¹⁸ In de praktijk maken partijen vaak gebruik van modelstatuten die op de relevante wettelijke bepalingen lijken, om de gebruiksvriendelijkheid te verhogen of om tijd en (notaris)kosten te besparen bij het opstellen van statuten. In dit geval nemen partijen dus niet elke statutaire bepaling doelbewust op, maar gaan ze ervan uit dat de modelstatuten aan hun cruciale behoefte voldoen. Soms nemen partijen bepaalde regels wel doelbewust op in hun statuten, zodat aan deze statutaire bepalingen een zelfstandige betekenis toekomt. Ook al lijken zulke zelfstandige statutaire bepalingen op (de inhoud van) verouderde wetsartikelen, de rechter mag niet zomaar de bedoeling van de partijen bij het opstellen van de statuten negeren en volgens artikel 71 Overgangswet NBW gewoon de gewijzigde wetsartikelen toepassen.

De rechter moet dus eerst naar de relevante statutaire bepalingen kijken en toetsen of de partijen wellicht toch een bepaalde strekking hebben beoogd met de statutaire bepalingen die (al dan niet doelbewust) op de verouderde wetsbepaling lijken. Is dat wel het geval, dan komt aan de statutaire bepaling in bepaalde mate zelfstandigheid toe.¹⁹ De toets moet dus beginnen met het uitleggen van de statutaire bepalingen volgens de gewone regels van uitleg van wilsovereenkomsten van partijen. De interpretatie van de statutaire bepalingen moet doorgaans dicht bij de tekst ervan blijven, net als bij algemene voorwaarden.²⁰ Dat is in de praktijk best lastig, aangezien over het algemeen nauwelijks achterhaald kan worden wat de partijen bij het opstellen of de laatste wijziging van de statuten hebben beoogd. Werden bepaalde statutaire bepalingen bij de laatste wijziging bewust in dezelfde staat gelaten of was het (weer) een uitdrukking van pragmatisme om deze bepalingen (voorlopig) niet te wijzigen? Hoe moet men dan in de praktijk omgaan met de stelling dat statuten die het oude artikel 2:216 BW

weergeven, met inachtneming van het nieuwe artikel 2:216 BW moeten worden gelezen?²¹

In de literatuur werd als vuistregel geformuleerd dat

‘statutaire herhalingen van wettelijke voorschriften in de sfeer van de kapitaalbescherming (zoals vereisten van beschrijvingen en accountantsverklaringen, uitkeringsbeperkingen en verbod op financiële steunverlening) vrijwel nooit het karakter zullen hebben van zelfstandige statutaire voorschriften. Dat een belanghebbende met enige geloofwaardigheid zal kunnen betogen dat hij erop heeft vertrouwd dat de bepaling ook zonder het wettelijk voorschrift zou gelden en dat hij daarbij bovendien een te beschermen belang heeft, ligt niet voor de hand.’²²

Er wordt verder opgemerkt dat deze vuistregel minder snel van toepassing is als het gaat om voorschriften in de sfeer van de zeggenschap; bijvoorbeeld als het gaat om statutaire bepalingen die voor de inkoop van aandelen de machtiging van de algemene aandeelhoudersvergadering vereisen.²³ Soms is het verdedigbaar dat het statutaire machtigingsvereiste enige mate van zelfstandigheid toekomt. Als bijzondere regeling waaraan vrijwel altijd zelfstandigheid toekomt, wordt de regeling genoemd over besluitvorming door de algemene vergadering buiten vergadering. Vóór 1 oktober 2012 was hiervoor unanimité van alle aandeelhouders vereist (art. 2:238 BW (oud)), terwijl de nieuwe wettelijke regel weliswaar bepaalt dat alle vergadergerechtigden moeten instemmen met de wijze van besluitvorming, maar niet dat alle stemgerechtigden per se in moeten stemmen met de inhoud van het te nemen besluit. In dit laatste geval lijkt het dus vrij onwaarschijnlijk dat aan de statutaire bepaling enige zelfstandigheid toekomt, aldus Stokkermans en Rensen.²⁴

Bovendien speelt voor de rechter het bewijsrecht een belangrijke rol bij de vraag welke factoren hij in acht moet nemen bij de interpretatie van de statuten. Volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling zal de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van de feiten of rechten dragen (art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Rv). Met andere woorden, elke partij draagt de bewijslast van die gestelde feiten, die het materiële recht vereist voor toewijzing van de vordering. Ook een gedaagde draagt dus de bewijslast van feiten met rechtsgevolgen die de toewijzing van de vordering van de eiser blokkeren (door het voeren van een zelfstandig of bevrijdend verweer). Daarnaast kan uit de zogenoemde omkeringsregel op basis van artikel 2:248 lid 2 BW volgen dat indien door een als wanprestatie aan te merken gedrag een risico ter zake van het

17. Zie Quist 2012, p. 45.

18. Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, Invoering flex-BV, een nieuw statutair speelveld, TOP 2012, p. 68-72 (p. 69).

19. Stokkermans & Rensen 2012, p. 69-70; M. Cremers, Hoe flexibiliseer je een BV?, Ondernemingsrecht 2012, p. 603-613.

20. Stokkermans & Rensen 2012, p. 69.

21. Vgl. P. Hofsteenge, Nachgründung, financial assistance en uitkeringen aan aandeelhouders: het overgangsrecht en de relevante jurisprudentie, V&O 2014, p. 170-174.

22. Zie Stokkermans & Rensen 2012, p. 69.

23. Hierover uitgebreid Stokkermans & Rensen 2012.

24. Stokkermans & Rensen 2012, p. 70.

ontstaan van schade in het leven is geroepen, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven.²⁵ Het is aan degene die op grond van dit gedrag wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. In verband met dividenduitkering zou deze regel, onder omstandigheden, van toepassing kunnen zijn als het na de dividenduitkering niet mogelijk is om de schuldeisers van de vennootschap te betalen en ten aanzien van de bestuurder, die de uitkering heeft goedgekeurd, de schijn van belangenverstrengeling is ontstaan.

Het ligt dus, zoals in elke civielrechtelijke procedure, vooral aan de stellingen van de partijen, en corresponderend aan hun respectievelijke bewijslast, wat de rechter in aanmerking neemt bij de beoordeling van de relevante statutaire bepalingen.

Eigen beoordeling en aanbeveling voor de praktijk

In de PMR-uitspraak gaat de rechter niet expliciet in op de problematiek van potentieel verouderde statuten in het licht van het nieuwe BV-recht, maar hij blijkt gewoon het statutaire artikel 20 en ter aanvulling artikel 2:216 BW (nieuw) toe te passen. Het is lastig te achterhalen op grond van welke specifieke stellingen van de partijen de rechter tot deze conclusie is gekomen.

In ieder geval wordt op basis van de PMR-uitspraak duidelijk dat de toepassing van artikel 2:216 BW (nieuw) en (al dan niet verouderde) statuten die naar gewijzigde wetsbepalingen lijken te verwijzen, aan een casuïstische toetsing blijft onderworpen. Het feit dat modelstatuten bestaan en vele BV-statuten dan ook letterlijk op elkaar lijken, duidt wel aan dat partijen in de praktijk niet voor elke statutaire bepaling bewust kiezen, maar vaak op grond van pragmatisme, tijds- en kostenbesparing (verouderde) standaardbepalingen overnemen. Als een partij op een gegeven moment beroep doet op een statutaire bepaling die een gewijzigde wettelijke bepaling inhoudelijk weer lijkt te geven, is het in het kader van het bewijsrecht moeilijk voor deze partij om aanzienlijk te maken dat zij tijdens het opstellen van de statuten bijzondere betekenis heeft gehecht aan de betreffende statutaire bepaling. Er bestaat dus rechtsonzekerheid in de theorie. Ook in de jurisprudentie is de toepassing van het overgangsrecht met betrekking tot artikel 2:216 BW (nieuw) nog niet uitgewerkt en dat zal ook niet zo snel gebeuren, aangezien het naar alle verwachting een casuïstische materie blijft.

Voor de bevordering van rechtszekerheid is het daarom zinvol dat BV's vóór het doen van een uitkering die niet de 'oude' balanstest haalt, de statuten wijzigen conform het nieuwe BV-recht.

25. Zie ook voor het volgende Stokkermans 2014, par. 4.1.