



## De uitkeringstest op grond van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht

*Wat zijn de gevolgen voor Hulshof Kroonen en Groen met betrekking tot het adviseren van besloten vennootschappen inzake de uitkeringstest?*

*- Afstudeerscriptie Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch -*

**Datum:** 27 mei 2013 | **Plaats:** 's-Hertogenbosch | **Auteur:** M. (Michelle) van de Wert

# Titelpagina

---

**Titel:**

De uitkeringstest op grond van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.

**Ondertitel:**

*Wat zijn de gevolgen voor Hulshof Kroonen en Groen met betrekking tot het adviseren van besloten vennootschappen inzake de uitkeringstest?*

Auteur: M. (Michelle) van de Wert  
Studentnummer: 2031471

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch

Organisatie: Hulshof Kroonen en Groen accountants en adviseurs  
Opdrachtgever: De heer Kroonen  
Afstudeermentor: De heer Kroonen

Opleiding: HBO-Rechten  
Eerste afstudeerdocent: Mevrouw M.E.R. van Remortel  
Tweede afstudeerdocent: De heer B.C.M. Hooijdonk

Plaats: 's-Hertogenbosch  
Datum: mei 2013

## Voorwoord

---

De afgelopen vier jaar heb ik gestuurd aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch. Ter afronding van deze opleiding heb ik in de periode februari 2013- mei 2013 afstudeerstage gelopen. Tijdens deze afstudeerstage heb ik een onderzoek geschreven. Het vak Ondernemingsrecht, onder leiding van docent Ad van Dooren, heeft mij bijzonder geboeid. Niet geheel onverwacht hebben de colleges ondernemingsrecht dan ook de aanzet gegeven tot een onderzoeksonderwerp waarbij het ondernemingsrecht centraal staat. Om deze reden heb ik de keuze gemaakt voor een organisatie die raakvlakken heeft met het ondernemingsrecht. Ik heb mijn onderzoek mogen uitvoeren bij Hulshof Kroonen & Groen accountants en adviseurs, verder te noemen HK&G. Het resultaat van dit onderzoek is de scriptie die voor u ligt. De scriptie geeft de gevolgen voor HK&G met betrekking tot het adviseren van bv's inzake de uitkeringstest weer.

Met het schrijven van deze scriptie kom ik aan het einde van mijn eerste studie. Ik ben zeer dankbaar dat ik de mogelijkheid heb gekregen om een studie te kunnen doen. Hierdoor heb ik mijzelf verder kunnen ontwikkelen. Ik wil dan ook mijn ouders, Jan, zusjes en vrienden bedanken dat ik altijd op hen heb kunnen rekenen.

In het bijzonder gaat mijn dank uit naar mijn stagebegeleider Ton Kroonen voor zijn enthousiasme, input en feedback. De heer Groen en de heer De Neef wil ik bedanken voor hun inspirerende woorden gedurende mijn onderzoek. Tot slot wil ik graag mijn begeleidster, mevrouw Van Remortel, bedanken voor het vertrouwen, de opbouwende kritiek, de snelheid van haar correspondentie en het enthousiasme omtrent het onderwerp. Ik heb het als zeer aangenaam ervaren om onder haar begeleiding mijn scriptie tot stand te brengen.

Met veel plezier kijk ik terug naar de mooie jaren van mijn studentenleven. Ik had dit voor geen goud willen missen.

## Inhoudsopgave

---

Hoofdstuk 1: Inleiding	8
1.1 De opdrachtgever	8
1.2 Probleembeschrijving	8
1.3 Centrale vraag en doelstelling	9
1.4 Deelvragen	9
1.5 Verantwoording	10
1.6 Afbakening	10
1.7 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2: De Wet flex-bv	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Waarom de Wet flex-bv is ingevoerd	11
2.3 Het juridisch kader van de Wet flex-bv	12
2.4 Overgangsrecht	13
2.4.1. Algemeen overgangsrecht	14
2.4.2. Specifiek overgangsrecht	15
2.5 Samenvatting	15
Hoofdstuk 3: Totstandkoming van de uitkeringstest	17
3.1 Inleiding	17
3.2 Wat was er voorafgaand aan de uitkeringstest	17
3.3 Balanstest in verhouding met de uitkeringstest	18
3.4 Vergelijking van de oude regeling met de nieuwe uitkeringstest	20
3.5 De totstandkoming van de wettelijke grondslag	20
3.6 Samenvatting	22
Hoofdstuk 4: De reikwijdte van de uitkeringstest	23
4.1 Inleiding	23
4.2 Statuten	23
4.3 Reikwijdte ten aanzien van de aansprakelijkheid (art. 2:216 lid 3 BW)	24
4.3.1. Goedkeuring van het bestuur	25
4.3.2. Omvang bestuursaansprakelijkheid	27
4.3.3. Bestuursaansprakelijkheid afwenden	28
4.3.4. Aansprakelijkheid van aandeelhouders	29

4.4	Verhouding tot de algemene grondslagen van aansprakelijkheid	29
4.4.1.	Verhouding tot art. 2:9 BW	30
4.4.2.	Verhouding tot art. 2:248 BW	30
4.4.3.	Verhouding tot art. 6:162 BW	31
4.5	Samenvatting	32
Hoofdstuk 5: Uniformeren van de uitkeringstest		33
5.1	Inleiding	33
5.2	Stappenplan uitkeringstest	33
5.3	Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants	35
5.4	Het uitvoeren van de uitkeringstest door HK&G	36
5.5	Samenvatting	37
Hoofdstuk 6: Conclusie		38
6.1	Inleiding	38
6.2	De uitkeringstest	38
6.3	Aanbevelingen voor HK&G	39
Evaluatie		42
Bronvermelding		43

## Lijst met afkortingen

---

AVA	Algemene Vergadering van Aandeelhouders
bv	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	directeur groot aandeelhouder
Expertgroep	Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het bv-recht
HK&G	Hulshof Kroonen & Groen accountants en adviseurs
Invoeringswet	Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht
Overgangswet NBW	Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek
MvT	Memorie van Toelichting
NBA	Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants
nv	naamloze vennootschap
Wet 'flex-bv'	de Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht geregeld in titel 5 boek 2 BW , ingegaan op 1 oktober 2012
WFJ	Werkgroep Fiscaal Jaarrapport

## Samenvatting

---

Met ingang van 1 oktober 2012 zijn de kapitaalbeschermingsregels voor de bv door de Wet flex-bv ingrijpend herzien. De Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische zaken hebben de Expertgroep in het leven geroepen. De Expertgroep heeft een aanbeveling gedaan met betrekking tot knelpunten en lacunes in het bv-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur werden gesignaleerd. Om de overgang van het recht zo goed mogelijk te laten verlopen zijn er overgangsbepalingen geformuleerd in de Invoeringswet.

De belangrijkste wijzigingen, naar aanleiding van de aanbevelingen van de Expertgroep, zijn de afschaffing van het minimumkapitaal en de invoering van een in de wet vastgelegde uitkeringstest. De balanstest blijft bestaan maar wordt beperkt. Hierdoor bestaat de balanstest voortaan uit de test of het eigen vermogen groter is dan de wettelijke reserves en de statutaire reserves. De uitkeringstest is geregeld in art. 2:216 BW en staat in dit onderzoek centraal. De uitkeringstest heeft betrekking op alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders en hangt samen met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders die niet te goeder trouw zijn. Op grond van de nieuwe regeling berust de bescherming van schuldeisers niet langer op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de bv aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitkering aan aandeelhouders, maar is de bescherming van schuldeisers vooral gebaseerd op een systeem waarin de geoorloofde uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de bv. Met de nieuwe regeling wordt beoogd bij de bestaande jurisprudentie aan te sluiten en de aansprakelijkheid van bestuurders nader in te vullen en te verduidelijken. De AVA is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen. Het besluit van de AVA heeft echter geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend en niet tot uitkering is overgegaan. Het bestuur weigert slechts de goedkeuring 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. Indien een bv na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurder die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de bv hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, maximaal tot het bedrag van de uitkering. In de systematiek van art. 2:216 BW kan het zich voordoen dat zowel bestuurders als aandeelhouders gehouden zijn tot vergoeding van de ongeoorloofde uitkering aan de bv. De aandeelhouders die te kwader trouw een uitkering hebben ontvangen die in strijd met de uitkeringstest is gedaan, zijn gehouden tot vergoeding van het tekort dat hierdoor is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering. Uiteraard hoeft de bv maar eenmaal schadeloos te worden gesteld. De invoer van de uitkeringstest betekent niet dat de algemene grondslagen van aansprakelijkheid wegvallen. Van belang hierbij is wel dat de rechter er op bedacht moet zijn dat niet twee keer aansprakelijkheid kan ontstaan voor dezelfde schade. De reële verwachting is dat bestuurders, ten einde enige zekerheid te verkrijgen voor de beantwoording van de vraag naar het verantwoord zijn van de uitkering, advies zullen vragen aan hun accountant. De accountant moet zich houden aan het kader wat de WFJ en de NBA hebben geschetst over de manier waarop 'het kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden' wordt berekend. Dit kader biedt echter geen concrete criteria. De accountant moet in het kader van zijn integriteit afwegen of hij de uitkeringstest zal gaan uitvoeren. Besluit de accountant de uitkeringstest uit te voeren dan moet zorgvuldigheid en terughoudendheid in acht worden genomen. Naar mate de tijd vordert zal uit de praktijk moeten blijken hoe accountants om zullen gaan met de uitkeringstest.

## Hoofdstuk 1

## Inleiding

---

### 1.1 De opdrachtgever

De opdrachtgever van het onderzoek naar de gevolgen van de uitkeringstest is het accountants- en adviseurskantoor Hulshof Kroonen en Groen. HK&G is een full service accountantskantoor. Haar diensten bestaan onder andere uit het verwerken van financiële administraties, het samenstellen van jaarrekeningen, het opstellen van aangiften inkomsten- en vennootschapsbelasting en fiscale advisering. Daarnaast begeleidt het kantoor bij fusie en overname en is het kantoor een klankbord voor ondernemers op financieel gebied. De klanten van HK&G bevinden zich hoofdzakelijk in het MKB segment. De vennootschappen verschillen van directeur groot aandeelhouder zonder personeel tot ondernemingen met 100 werknemers.

### 1.2 Probleembeschrijving

Per 1 oktober 2012 zijn de wettelijke regels voor de bv ingrijpend gewijzigd. Deze nieuwe wet wordt aangeduid als de "Wet flex-bv". De wijzigingen die in deze wet zijn vastgelegd gelden voor een nieuw op te richten bv, maar ook voor bestaande bv's. Het uitgangspunt van de Wet flex-bv is dat de regels makkelijker, eenvoudiger en flexibeler worden. De invoering van de Wet flex-bv heeft grote gevolgen voor de praktijk van de accountant en zijn cliënten.

De flex-bv wetgeving biedt mogelijkheden om de statuten van de bv meer in te richten naar de wens van de aandeelhouders en bestuurders. Één van de wensen was het strenger reguleren van het bijhouden van kapitaal. Deze regels voor het bijhouden van kapitaal worden strenger door de introductie van een uitkeringstest. Het kerndiscussiepunt in de voorgestelde regeling van het bv-recht is deze nieuwe uitkeringstest.<sup>1</sup> De uitkeringstest is geregeld in art. 2:216 van het Burgerlijk Wetboek. De uitkeringstest heeft twee aspecten. Ten eerste moet worden getoetst of het eigen vermogen van de bv na de uitkering groter is dan de wettelijke en de statutaire reserves. Ten tweede moet worden getoetst of de bv na de uitkering kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.<sup>2</sup>

Onder het nieuwe bv-recht moet het bestuur van een bv de uitkeringstest uitvoeren. Bestuurders kunnen behoefte hebben aan support wegens bijvoorbeeld onvoldoende financiële expertise of twijfel. Het bestuur van de bv kan een extern financieel expert, zoals een accountant, vragen om te beoordelen of de uitkeringstest op de juiste manier is uitgevoerd. Afhankelijk van de specifieke kenmerken van de bv moet de expert hierbij factoren betrekken als liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. De beoordeling van een financieel expert is van groot belang voor bestuurders maar ook voor aandeelhouders. Indien de vennootschap na uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Indien de bestuurder bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, dan kan aan de aansprakelijkheid worden ontkomen. Aandeelhouders kunnen ook aansprakelijk worden gesteld indien zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De aandeelhouder is in dit geval gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan tot ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Maeijer e.a. 2008, p. 13.

<sup>2</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058, nr. E, p. 7.

<sup>3</sup> Art. 2:216 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.



HK&G heeft onderzocht wat de belangrijkste wijzigingen zijn met betrekking tot de Wet flex-bv. Wat nog niet onderzocht is, is hoe de uitkeringstest eruit ziet, wanneer de uitkeringstest wordt toegepast en wat de gevolgen voor HK&G zijn.

Voor de toekomstige werkwijze van HK&G is het van belang om inzichtelijk te hebben wat de uitkeringstest in relatie tot de bestuursaansprakelijkheid naar aanleiding van de Wet flex-bv inhoudt. Een uniforme toepassing van de uitkeringstest zorgt ervoor dat voordelen optimaal worden benut en dat er rekening gehouden wordt met de eventuele nadelen.

### **1.3 Centrale vraag en doelstelling**

De centrale vraag van dit onderzoek luidt: Wat zijn de gevolgen voor Hulshof Kroonen en Groen met betrekking tot het adviseren van besloten vennootschappen inzake de uitkeringstest?

Doelstelling: Het doel van dit praktijkgericht juridisch onderzoek is om op 29 mei 2013 een onderzoeksrapport aan te leveren om zodoende een advies te geven waarin aangegeven wordt wat de uitkeringstest naar aanleiding van de Wet flex-bv inhoudt en wanneer deze wordt toegepast, zodat de gevolgen die betrekking hebben op het adviseren van besloten vennootschappen inzake de uitkeringstest in kaart worden gebracht.

### **1.4 Deelvragen**

#### Praktijkgerichte vragen

- Waarom is de Wet flex-bv ingevoerd?
- Hoe wordt de uitkeringstest in de praktijk vormgegeven?

#### Juridisch gerichte vragen

- Wat houdt het oude systeem van crediteurenbescherming in?
- Wat houdt de uitkeringstest in?
- Welke ontwikkelingen waren van belang bij het tot stand komen van de uitkeringstest en wat is de invloed hiervan?
  - o Welke jurisprudentie is van belang geweest bij de totstandkoming van de uitkeringstest?
- Wat zijn de juridische vereisten die verband houden met de uitkeringstest?
  - o Wat houdt de goedkeuring van het bestuur in bij uitkeringen?
  - o Wat is de omvang van de aansprakelijkheid van bestuurders bij het doen van uitkeringen?
  - o Wat is de positie van de aandeelhouders?
- Hoe verhouden de algemene grondslagen van aansprakelijkheid zich tegenover de uitkeringstest?

#### Conclusie/aanbevelingen:

- Welke conclusie kan worden getrokken uit het huidige juridische praktijkgericht onderzoek?
- Welke aanbevelingen kunnen er worden gedaan naar aanleiding van het huidige juridische praktijkgericht onderzoek?

## 1.5 Verantwoording

In het onderzoek zal, voornamelijk met betrekking tot de juridische vragen, gebruik worden gemaakt van: de wet, parlementaire stukken, jurisprudentie, literatuur, vaktijdschriften en het internet. De wet is een solide rechtsbron en de rechter interpreteert deze bron in jurisprudentie. De Wet flex-bv is een relatief nieuwe wet. Hierdoor is het mogelijk dat de uitkeringstest op verschillende manieren wordt geïnterpreteerd. Om meningsverschillen te voorkomen is getracht om in dit onderzoek een zo compleet mogelijk beeld te geven van diverse opvattingen in de literatuur. Op deze manier wordt tunnelvisie voorkomen. Bij de selectie van de literatuur is gelet op het jaar van uitgave en de diepgang van de materie.

De parlementaire stukken die gebruikt worden zijn voornamelijk kamerstukken. Dit zijn de vergaderstukken van de Eerste en Tweede kamer. Tot de parlementaire stukken behoren ook alle wetsontwerpen. Voorbeelden van kamerstukken waarvan gebruik wordt gemaakt zijn de memorie van toelichting, de memorie van antwoord, en de nadere memorie van antwoord.

Jurisprudentie is geanalyseerd. Het jurisprudentieonderzoek is opgebouwd uit twee onderzoeken. Er heeft een kwalitatief onderzoek plaatsgevonden omdat het van belang is dat de rechterlijke uitspraken juist worden geïnterpreteerd. De drie belangrijkste arresten die geanalyseerd worden zijn HR Beklamel, HR Nimox en HR Reinders/Didam.

Betrouwbaarheid van het onderzoek is gewaarborgd door het zorgvuldige gebruik van uiteenlopende literatuur, vaktijdschriften en een uitgebreid jurisprudentieonderzoek. Op deze manier worden foutieve analyses en interpretaties van informatie voorkomen.

## 1.6 Afbakening

Dit onderzoek is gericht op het adviseren van bv's inzake de uitkeringstest. De structuurvennootschap is voor het onderzoek niet van belang. Hiervoor is gekozen omdat HK&G nog nooit te maken heeft gehad met het adviseren van een structuurvennootschap en verwacht dit in de toekomst ook niet te gaan doen. De nv komt niet aan bod omdat de Wet flex-bv hier geen betrekking op heeft. Tevens is dit onderzoek alleen gericht op de civielrechtelijke gevolgen naar aanleiding van de uitkeringstest. Tot slot betreft het een praktijkgericht juridisch onderzoek, daarom worden er geen berekeningen gegeven die de accountant in het kader van de uitkeringstest moet maken. Er wordt slechts aangegeven wat er moet worden berekend.

## 1.7 Leeswijzer

Het onderhavige onderzoek gaat in de kern over het adviseren van bv's inzake de uitkeringstest. Om tot deze kern te komen, neem ik in hoofdstuk 2 eerst een paar stappen terug. De uitkeringstest is onderdeel van de Wet flex-bv. Om de positie van de uitkeringstest binnen de Wet flex-bv beter te begrijpen zal eerst een kader worden geschetst over de veranderingen die de Wet flex-bv met zich mee brengt met betrekking tot de crediteurenbescherming. Hierbij wordt ook een stuk geschiedenis van de bv beschreven. In hoofdstuk 3 komt de uitkeringstest aan bod. Centraal staat de vraag hoe de uitkeringstest tot stand is gekomen en wat de uitkeringstest inhoudt. Daaropvolgend zal in hoofdstuk 4 de reikwijdte van de uitkeringstest worden beschreven. De wetgever heeft slechts een kader geschetst omtrent de uitkeringstest. Er zijn nog geen rechterlijke uitspraken geweest na 1 oktober 2012 omtrent de uitkeringstest. Er wordt daarom in dit hoofdstuk aansluiting gezocht bij relevante jurisprudentie van vóór 1 oktober 2012. In hoofdstuk 5 wordt een kader gegeven om de uitkeringstest te uniformeren. Het laatste hoofdstuk bestaat uit een conclusie met een aanbeveling. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van het onderzoek.

## Hoofdstuk 2

## De Wet flex-bv

---

### 2.1 Inleiding

Naar aanleiding van de Wet flex-bv zijn de wettelijke regels voor bv's gewijzigd. Er is sprake van minder dwingend en meer regelend recht. In dit hoofdstuk komt aan bod waarom de Wet flex-bv is ingevoerd, het juridisch kader van de Wet flex-bv en het overgangsrecht. Het juridisch kader van de Wet flex-bv betreft een overzicht van de wijzigingen naar aanleiding van de nieuwe Wet flex-bv. Niet alle wijzigingen van de Wet flex-bv komen aan bod, maar slechts de wijzigingen die verband houden met de crediteurenbescherming. De wijzigingen die verband houden met meer vrijheid van inrichting vallen buiten het bereik van dit onderzoek. Er wordt een volledig beeld van de nieuwe regels inzake de crediteurenbescherming gegeven. De centrale vragen in dit hoofdstuk luiden: Waarom is de Wet flex-bv ingevoerd en wat houdt het oude systeem van crediteurenbescherming in?

### 2.2 Waarom de Wet flex-bv is ingevoerd

Bij de invoering van de bv in 1971 in het Nederlandse recht is aangesloten bij de reeds bestaande NV.<sup>4</sup> In feite was de enige reden voor invoering van de bv de verplichting voor alle nv's en bv's om hun jaarrekening openbaar te maken. De Nederlandse wetgever introduceert de 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid'. Vrijwel alle bepalingen van de nv worden overeenkomstig van toepassing verklaard.<sup>5</sup> Over een eigen karakter van de bv is destijds weinig nagedacht. De bv is hierdoor een kloon geworden van de nv. De laatste decennia is in toenemende mate gediscussieerd over de positie van de bv. Met name Raaijmakers heeft in een reeks van publicaties dit perspectief uitgewerkt.<sup>6</sup> Raaijmakers was van mening dat de bv minder als instituut en meer als contractueel verband tussen aandeelhouders werd gezien. Daarnaast ontstond de laatste jaren in de praktijk steeds meer behoefte aan een vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht. Veel regels werden als te gecompliceerd en onnodig beknellend ervaren.<sup>8</sup> In november 2003 is op uitnodiging van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische zaken de Expertgroep in het leven geroepen. De opdracht die de Expertgroep meekreeg was:

*"aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het bv recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd"*.

Voor de expertgroep is, conform haar taakopdracht, de primaire doelstelling geweest om knelpunten in het bv-recht te lokaliseren, op te lossen en te voorzien in eventuele lacunes. Een tweede doelstelling die de expertgroep had, was het bv-recht te vereenvoudigen, te flexibiliseren en te versoepelen.<sup>7</sup> Hiermee wordt invulling gegeven aan een roep tot heroverweging die al langere tijd klinkt. De Expertgroep heeft op 6 mei 2004 het rapport 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse bv-recht' uitgebracht.<sup>8</sup> De wetgever heeft naar aanleiding van het rapport van de Expertgroep flex-bv drie ambtelijke voorontwerpen gepubliceerd. Deze drie ambtelijke voorontwerpen zijn samengevoegd tot een wetsvoorstel.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Van Schilfgaard 2009, p. 32.

<sup>5</sup> Buijn e.a. 2005, p. 12.

<sup>6</sup> Raaijmakers (1987), (1994), p 340-348 en (1991), p 203-222.

<sup>7</sup> De Kluiver e.a. 2004, p. 3.

<sup>8</sup> Werkgroep Fiscaal Jaarrapport 2008

<sup>9</sup> Asser, Maeijer, Van Solingen & Nieuwe Weme 2009, p. 44

Het wetsvoorstel is op 18 juni 2012 aangenomen.<sup>10</sup> De uiteindelijke Wet flex-bv is op 1 oktober 2012 in werking getreden.<sup>11</sup> De Wet flex-bv maakt de regels voor bv's flexibeler. Het streven om de regels te vereenvoudigen is niet gerealiseerd. De flexibilisering van de regels heeft ertoe geleid dat de regels complexer zijn geworden.<sup>12</sup> Dit zal duidelijk worden gemaakt lopende het onderzoek. Door de flexibilisering heeft de bv een meer eigen karakter gekregen dat haar duidelijker onderscheidt van de nv.<sup>13</sup>

### 2.3 Het juridisch kader van de Wet flex-bv

Er zijn twee hoofdlijnen vastgesteld in de Wet flex-bv. Deze hoofdlijnen zijn: een nieuw systeem van crediteurenbescherming en meer vrijheid van inrichting. In deze paragraaf komen niet alle wijzigingen die de Wet flex-bv met zich mee brengt aan bod, maar slechts de wijzigingen die verband houden met art 2:216 BW. Art. 2:216 BW heeft het doel om crediteuren te beschermen, daarom worden de wijzigingen die hiermee verband houden eerst beschreven. Vervolgens wordt de wijziging in het aandelenkapitaal beschreven.

De crediteurenbescherming voor 1 oktober 2012 werd gebaseerd op het systeem van kapitaalbescherming. De kapitaalbeschermingsregels, die een gegarandeerde verhaalsmogelijkheid voor crediteuren ten doel hadden, zijn vervallen. Het betreft hier onderstaande regels. Het verplichte minimumkapitaal van €18.000 voor het oprichten van de bv is komen te vervallen.<sup>14</sup> Daarmee is ook de bestuurdersaansprakelijkheid wegens onvoldoende gestort kapitaal afgeschaft. Voor de bestaande bv's betekent het vervallen van het minimumkapitaal dat het mogelijk is om het geplaatste en volgestorte aandelenkapitaal van veelal €18.000 te verminderen tot bijv. €1. Een nieuwe bv kan opgericht worden met ieder gewenst kapitaal. Samenhangend met het vervallen van het minimumkapitaal is het vervallen van een bankverklaring bij storting in geld. Dit was de controle of bij oprichting van de bv is voldaan aan de stortingsplicht.

Het verplichte maatschappelijke kapitaal en daarmee ook het voorschrift dat ten minste 20% daarvan geplaatst moet zijn, zijn vervallen.<sup>15</sup> Hierdoor vervalt ook de aansprakelijkheid van bestuurders van de bv in geval van onvoldoende storting op aandelen. Het is niet langer vereist om een maatschappelijk kapitaal in de statuten te vermelden. De statuten dienen nog wel de nominale waarde van de aandelen te vermelden.

Ook de nachgründingsregeling is vervallen. De nachgründingsregeling zag toe op het vernietigen van een rechtshandeling die de bv heeft verricht zonder goedkeuring van de AVA. Deze rechtshandeling strekte tot verkrijging van goederen en was verricht binnen twee jaar na oprichting van de bv.<sup>16</sup> In het kader van dit type rechtshandelingen, namelijk anders dan in geld, is geen accountantsverklaring meer vereist, een beschrijving blijft echter verplicht.

De beperking van zekerheidsstelling en het verstrekken van een lening ten behoeve van het nemen of verkrijgen van aandelen vervalt. Een eerder gevormde wettelijke reserve in verband met deze zekerheidsstelling valt vrij en kan bijvoorbeeld worden uitgekeerd.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> *Stb.* 2012, 299

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 7.

<sup>12</sup> Meussen e.a. 2012.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 1.

<sup>14</sup> Oud art. 2:180 BW jo oud art. 2:178 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>15</sup> Oud art. 2:178 lid 2 jo lid 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>16</sup> Oud art. 2:204c van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>17</sup> Oud art. 2:207c van het Burgerlijk Wetboek.

Tot slot vervalt bij kapitaalvermindering het verzetsrecht van crediteuren.<sup>18</sup> Het wordt hierdoor eenvoudiger om de nominale waarde van de aandelen te verlagen. Bij de inkoop van aandelen is de begrenzing tot 50% van het geplaatste kapitaal vervallen.<sup>19</sup> Wel blijft de verkrijging door de bv van niet volgestorte eigen aandelen nietig. Bij uitkeringen hoeft het eigen vermogen niet meer groter te zijn dan de omvang van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. niet meer relevant.

Tegenover het vervallen van de kapitaalbeschermingsregels staan de nieuwe regel van de Wet flex-bv inzake crediteurenbescherming. Het betreft de uitkeringstest. De uitkeringstest heeft als doel crediteuren te beschermen, waarbij de achterliggende gedachte is dat aandeelhouders niet mogen worden bevoordeeld ten koste van de crediteuren van de bv. De uitkeringstest ex art. 2:216 lid 3 BW zal een nog niet gecodificeerd kernprobleem aanpakken, namelijk de waarborg voor crediteuren in het geval er een uitkering onterecht is gedaan. Het beschermen van de positie van crediteuren is immers een belangrijk gegeven en moet met het verdwijnen van het minimumkapitaal op andere manieren gewaarborgd kunnen worden. Door het invoeren van een aansprakelijkheid zoals beschreven in art. 2:216 BW tracht de wetgever dit te ondervangen. Bij de uitkeringstest wordt de verantwoordelijkheid van het bestuur en/of aandeelhouders bij uitkeringen aan aandeelhouders in de wet neergelegd en gesanctioneerd met aansprakelijkheid. Er wordt een actievere rol verwacht van het bestuur van de bv ten aanzien van uitkeringen aan aandeelhouders. Naast de uitkeringstest is er een beperkte balanstest. De uitkeringstest en de beperkte balanstest komen verder aan bod in hoofdstuk 3.

De wijziging inzake het aandelenkapitaal is de introductie van twee nieuwe soorten aandelen. Deze wijziging strekt niet zozeer tot het beschermen van crediteuren. De wijziging is toch in deze paragraaf opgenomen omdat de wijziging van belang is met betrekking tot de uitkeringstest. In art. 2:216 lid 7 BW staat namelijk beschreven dat in de statuten kan worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst. Voor bv's is vanaf 1 oktober 2012 de mogelijkheid ontstaan om aandelen zonder winstrechten te creëren. De statuten kunnen bepalen dat specifiek aangeduide aandelen geen of slechts een beperkt recht geven op winstuitkering. Daarnaast is het mogelijk om stemrechtloze aandelen en aandelen met meervoudig stemrecht te creëren. Wel moet er tenminste een aandeel met stemrecht zijn dat gehouden wordt door een derde. Uitgangspunt is echter nog steeds dat een aandeel zowel recht geeft op het uitbrengen van een stem als op uitkering van winst. Een aandeel kan niet en geen stemrecht en geen winstrecht hebben.

## 2.4 Overgangsrecht

De Wet flex-bv bevat vooral optionele bepalingen. Van de optionele bepalingen kan geen gebruik worden gemaakt zonder dat de statuten worden aangepast. Invoering van de Wet flex-bv dwingt niet tot een dergelijke statutenwijziging.<sup>20</sup> Enkele bepalingen uit de Wet flex-bv zijn echter dwingendrechtelijk. Het uitvoeren van de uitkeringstest is zo'n dwingendrechtelijke bepaling. Overgangsrecht is daarom noodzakelijk. Hoofdstuk V van de Invoeringswet bevat het overgangsrecht. Dit overgangsrecht is te verdelen in een algemeen deel en een specifiek deel.

---

<sup>18</sup> Oud. Art. 2:209 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>19</sup> Oud art. 2:207 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>20</sup> Kock AA 2013, p. 1.

### 2.4.1. Algemeen overgangsrecht

Art. V.1 Invoeringswet flex-bv verklaart enkele algemene bepalingen uit de overgangswet NBW van overeenkomstige toepassing op de wijzigingen ingevolge de Wet flex-bv. De Wet flex-bv geldt met onmiddellijke ingang ten aanzien van feiten die zich na inwerkingtreding voordoen.<sup>21</sup> De regelgeving geldt voor alle bv's en voor alle gebeurtenissen na 1 oktober. De wetwijziging heeft in beginsel geen invloed op rechtshandelingen en besluiten die rechtsgeldig tot stand zijn gekomen voor inwerkingtreding van de Wet flex-bv.<sup>22</sup> Rechtshandelingen die onder het oude recht rechtsgeldig zijn verricht, worden niet aangetast door het nieuwe recht van de Wet flex-bv.<sup>23</sup> Een rechtshandeling die vernietigbaar was onder het oude recht, kan vanaf de invoering van de Wet flex-bv niet meer worden vernietigd indien de nieuwe regeling het gebrek niet langer aanmerkt als een grond voor vernietiging.<sup>24</sup> Een rechtshandeling die vernietigbaar was onder het oude recht, maar nietig is onder de Wet flex-bv wordt met terugwerkende kracht nietig.<sup>25</sup> Een rechtshandeling die nietig was onder het oude recht maar geldig en onaantastbaar onder de Wet flex-bv wordt met terugwerkende kracht geldig en onaantastbaar.<sup>26</sup> De rechtshandeling wordt alleen geldig en onaantastbaar indien alle belanghebbenden de rechtshandeling, tot het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet, als geldig hebben aangemerkt. Een rechtshandeling die onder het oude recht nietig was, wordt vernietigbaar als de Wet flex-bv het gebrek aanmerkt als grond voor vernietiging.<sup>27</sup> Ook hier wordt de rechtshandeling slechts vernietigbaar indien alle belanghebbenden de rechtshandeling tot het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet als geldig hebben aangemerkt. Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen is ontstaan.<sup>28</sup>

Indien in een overeenkomst of in statuten een wetsartikel is opgenomen uit het oude bv-recht, wordt het nieuwe wetsartikel geacht dit wetsartikel te vervangen. Als toepassing van de nieuwe wet niet in overeenstemming is met de strekking van de bepaling waarin de verwijzing naar een wetsartikel is opgenomen, werkt de Wet flex-bv niet en moet in beginsel de oude tekst van de bepaling worden gevolgd.<sup>29</sup>

Voor de vraag welke schadevergoedingsregeling van toepassing is, moet vastgesteld worden of het oude recht of het nieuwe recht van toepassing is. Beslissend hierbij is of de schade voor of na het in werking treden van de Wet flex-bv is ontstaan. Blijkt dit niet, dan is beslissend, of de schade voor of na het in werking treden van de Wet flex-bv bekend is geworden.<sup>30</sup> Dit sluit aan bij de hoofdregels dat de Wet flex-bv onmiddellijke werking heeft en geen wijziging brengt in bestaande rechten.

Volgens de Overgangswet NBW heeft de Wet flex-bv in principe geen invloed op lopende gerechtelijke procedures.<sup>31</sup> Wel kunnen partijen de rechter vragen om hen in de gelegenheid te stellen hun stellingen en conclusies aan te passen aan de Wet flex-bv. Ook kan de rechter zelf bepalen dat stellingen en conclusies aangepast moeten worden. Naast de beoordeling van de rechter om af te wijken van het overgangsrecht, kan al het voorgaande worden beïnvloed door art. 75 van de Overgangswetgeving NBW. Hierin is beschreven dat de Wet flex-bv buiten toepassing blijft indien dit op grond van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is of de gelijkenis met de in het overgangsrecht geregelde gevallen daartoe dwingt.<sup>32</sup>

<sup>21</sup> Art. 68a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>22</sup> Art. 69 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>23</sup> Art. 79 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>24</sup> Art. 80 lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>25</sup> Art. 80 lid 2 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>26</sup> Art. 81 lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>27</sup> Art. 81 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>28</sup> Art. 52 lid 1 onder d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek jo art. 82 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>29</sup> Art. 71 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>30</sup> Art. 173 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>31</sup> Art. 74 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>32</sup> Art. 75 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

### 2.4.2. Specifiek overgangsrecht

art. V.2 Invoeringswet regelt de overgangsbepalingen die specifiek betrekking hebben op de Wet flex-bv. Het betreft bepalingen over certificaathouders met vergaderrecht, overdracht van aandelen en de blokkeringsregeling, de intrekking van oude aansprakelijkheidsverklaringen bij inbreng in natura, de procedure van kapitaalvermindering, de verkorting van oproepingstermijn voor algemene vergaderingen en een statutaire ontstentenis en beletregeling voor commissarissen. In dit onderzoek is met betrekking tot het specifiek overgangsrecht alleen de overgangsregeling kapitaalvermindering van belang, omdat deze overgangsregeling betrekking heeft op de uitkeringstest. De andere overgangsregelingen zullen niet toegelicht worden.

Onder de nieuwe Wet flex-bv dient onderscheid te worden gemaakt tussen een kapitaalvermindering met terugbetaling, een kapitaalvermindering met ontheffing van de stortingsplicht en een kapitaalvermindering zonder terugbetaling. Wat deze kapitaalverminderingen inhouden is voor dit onderzoek niet van belang. Wel is van belang of de uitkeringstest moet worden uitgevoerd. Voor de kapitaalvermindering met terugbetaling onder de Wet flex-bv geldt dezelfde test als voor het doen van uitkeringen.<sup>33</sup> Voor een kapitaalvermindering met terugbetaling alsmede voor een kapitaalvermindering met ontheffing van de stortingsplicht geldt bovendien dat die alleen zijn toegestaan voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves.<sup>34</sup> Voor een kapitaalvermindering zonder terugbetaling geldt geen specifieke vermogenstoets of waarborg. Een besluit tot kapitaalvermindering onder de Wet flex-bv is in beginsel direct van kracht. Voor besluiten tot kapitaalvermindering genomen vóór de inwerkingtreding van de Wet flex-bv blijven de oude artikelen van toepassing. Het gaat dus om oude besluiten die op het moment van inwerkingtreding van de Wet flex-bv nog niet zijn geformaliseerd. Indien na het besluit de verzetstermijn van twee maanden onder de oude wet nog lopende is na inwerkingtreden van de Wet flex-bv, zal die gewoon doorlopen. Als er zekerheden zijn gesteld onder de oude wet dan blijven die in stand. Als het besluit is genomen op een dag gelegen voor de inwerkingtreden van de Wet flex-bv en de procedure nog niet in gang is gezet, zal ook na inwerkingtreden van de Wet flex-bv de oude procedure gevolgd moeten worden. Indien betrokkenen in dat laatste geval de procedure willen verkorten en het besluit tot kapitaalvermindering nog niet openbaar is gemaakt, kan overwogen worden het oude besluit te herroepen en na inwerkingtreding van de nieuwe regeling een nieuw besluit te nemen.<sup>35</sup>

## 2.5 Samenvatting

De bv is in 1971 in onze wetgeving geïntroduceerd. Haar wettelijke regeling werd geschreven naar het voorbeeld van de nv. Over een eigen karakter van de bv werd niet nagedacht. Veel regels werden als gecompliceerd en onnodig beknellend ervaren. De roep om vereenvoudiging en flexibilisering van het bv recht heeft geleid tot instelling van de Expertgroep. Naar aanleiding van het rapport van de Expertgroep heeft de wetgever drie ambtelijke voorontwerpen gepubliceerd. De drie ambtelijke voorontwerpen zijn samengevoegd tot een wetsvoorstel dat op 31 mei 2007 aan de Tweede Kamer werd gezonden. Op 18 juni 2012 is het wetsvoorstel aangenomen. De wet is op 1 oktober 2012 in werking getreden. De nieuwe wet wordt Wet flex-bv genoemd.

<sup>33</sup> Art. 2:208 lid 6 jo art. 2:216 leden 2 tot en met 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>34</sup> Art. 2:208 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>35</sup> van Olfen 2012, p. 147-171.

Door de Wet flex-bv zijn de regels voor de bv flexibeler geworden. Het streven om de regels te vereenvoudigen is niet gerealiseerd. De flexibilisering heeft ertoe geleid dat de regels complexer zijn geworden. Door de flexibilisering heeft de bv een meer eigen karakter gekregen dat haar duidelijker onderscheidt van de nv. De Wet flex-bv bevat een nieuw systeem van crediteurenbescherming. Het oude systeem van kapitaalbescherming is vervallen en in plaats daarvan is een uitkeringstest ingevoerd.

Met de invoering van de Wet flex-bv is geen nieuwe bv vorm ontstaan. De bv blijft een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, met een in aandelen verdeeld kapitaal waarbij de aandelen op naam staan. Voor de dwingendrechtelijke bepalingen uit de Wet flex-bv is het overgangsrecht van toepassing. Naar aanleiding van de nieuwe wet moet vastgesteld worden of alle zaken die men wenste te regelen nog steeds goed zijn geregeld. Voorts moet worden nagegaan of de bepalingen die zijn opgenomen in de statuten nog steeds werken.



## Hoofdstuk 3

## Totstandkoming van de uitkeringstest

---

### 3.1 Inleiding

Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de Wet flex-bv veel wijzigingen met zich mee heeft gebracht. Een van die wijzigingen is de uitkeringstest. Dit is een wijziging waardoor het streven naar vereenvoudiging niet is gerealiseerd. Dit hoofdstuk richt zich op de totstandkoming van de uitkeringstest. Hierbij komen aan bod het juridisch kader en de geschiedenis van de uitkeringstest. Daarnaast bevat dit hoofdstuk een uitleg omtrent de totstandkoming en ontwikkeling van de aansprakelijkheid inzake de uitkeringstest. Dit wordt omschreven aan de hand van de ontwikkelingen in de rechtspraak waarbij de arresten HR Beklamel, HR Nimox, HR Reinders/Didam centraal staan. Door verdieping in de wetsgeschiedenis kan de betekenis van een wetsartikel en het doel van de wetgever worden uitgelegd. Het oude recht wordt hierbij met het nieuwe recht vergeleken. De centrale vragen in dit hoofdstuk luiden: Wat houdt de uitkeringstest in en welke ontwikkelingen waren van belang bij het tot stand komen van de uitkeringstest en wat is de invloed hiervan?

### 3.2 Wat was er voorafgaand aan de uitkeringstest

Vóór 1 oktober 2012 bestond er geen wettelijke regeling inzake een uitkeringstest indien een bv uitkeringen aan aandeelhouders wilde doen. De regels van kapitaalbescherming waren bedoeld om te voorkomen dat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid van bestuurders en/of aandeelhouders van bv's werd misbruikt om schuldeisers van de bv te benadelen.<sup>36</sup> Het systeem ging uit van de bescherming van schuldeisers. Op basis van jurisprudentie gold vóór de inwerkingtreding van de Wet flex-bv dat de bestuurders van een bv aansprakelijk konden zijn bij het doen van uitkeringen indien zij wisten dat de uitkering de continuïteit van de bv ernstig in gevaar zou brengen. Bestuurders dienden voorafgaand aan het doen van de uitkering vast te stellen of de bv na de uitkering zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit was niet in de wet geregeld.

Op grond van oud art. 2:216 BW kon de bv slechts 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. Er werd een zogenaamde balanstest uitgevoerd. Indien er niet werd voldaan aan de balanstest was de besluitvorming nietig.<sup>37</sup> De balanstest werd beschouwd als kernregel van het kapitaalbeschermingsrecht. Met afschaffing van het kapitaalbegrip verandert het karakter van het begrip vrij of uitkeerbaar vermogen als maatstaf voor de hoogte van uitkeringen aan aandeelhouders. Door het vervallen van de kapitaalbeschermingsregels vervalt tevens het begrip beklemd vermogen. Dit was het deel van het eigen vermogen wat steeds in stand moest worden gehouden. Dit deel bevatte het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moesten worden aangehouden.<sup>38</sup> Het begrip vrije ruimte is hiermee ook vervallen. Dit was het verschil tussen het eigen vermogen en het beklemd vermogen van de bv. Dit deel kon aan de aandeelhouders worden uitgekeerd. Door het uitkeren van dividend mocht het kapitaal, dat dient als waarborg voor de crediteuren, niet worden aangetast. Of aan de voorwaarde werd voldaan moest worden beoordeeld aan de hand van de gegevens van de laatst vastgesteld jaarrekening.<sup>39</sup> Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, kwam de winst de aandeelhouders ten goede.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Hoofdstuk 2 paragraaf 3.

<sup>37</sup> Oud art. 2:15 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>38</sup> Oud art. 2:216 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>39</sup> Oud art. 2:216 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>40</sup> Oud art. 2:216 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.

De bv mocht tussentijds slechts uitkeringen doen, indien de statuten dit toelieten en aan de vereiste balanstest was voldaan.<sup>41</sup> De balanstest leidde vaak tot hoge kosten en veel administratieve lasten. Daarnaast is de balans waarop de uitkeringsvrije ruimte werd bepaald als regel gedateerd op het moment waarop de uitkering werd gedaan, omdat van de gegevens van de laatst vastgestelde jaarrekening uit werd gegaan.<sup>42</sup> Hierdoor werd er een onrealistisch beeld van de economische werkelijkheid ten tijde van de uitkering gevormd.<sup>43</sup>

### 3.3 Balanstest in verhouding met de uitkeringstest

Uit paragraaf 2.3 is gebleken dat de Wet flex-bv de formele, met nietigheid gesanctioneerde regels van kapitaalbescherming vervangen heeft voor een systeem met aansprakelijkheid van bestuurders.<sup>44</sup> Op grond van de Wet flex-bv rust de bescherming van schuldeisers niet slechts op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de bv aanwezig moet zijn, maar is de bescherming van schuldeisers vooral gebaseerd op een systeem waarin de geoorlooftheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de bv.<sup>45</sup> De voornaamste grondslag hiervoor was het advies van de expertgroep onder voorzitterschap van prof. De Kluiver.<sup>46</sup> De expertgroep adviseerde om: *"het bestuur de exclusieve bevoegdheid en taak te geven om de datum te bepalen waarop een voorgenomen uitkering aan aandeelhouders (en andere winstgerechtigden) betaalbaar wordt gesteld. Het bestuur dient zich bij iedere uitkering een oordeel te vormen omtrent de liquiditeitspositie van de vennootschap. Indien naar het oordeel van het bestuur het niet redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap ook na de beoogde uitkering nog aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen, dient hij de betaalbaarstelling daarvan aan te houden op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van al zijn leden voor de door de uitkering veroorzaakte schade"*.<sup>47 48</sup>

In de Wet flex-bv heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor de invoering van een uitkeringstest in combinatie met een beperkte balanstest.<sup>49</sup> De balanstest is opgenomen in de Wet flex-bv om te voldoen aan de verplichtingen uit de Vierde EG Richtlijn vennootschapsrecht.<sup>50</sup> Deze testen zijn niet alleen voorgeschreven bij uitkering van winst en reserves, maar ook bij terugbetaling op en inkoop van aandelen en bij kapitaalvermindering met terugbetaling. De regeling leidt tot verbetering van gesignaleerde gebreken en tot lastenverlichting.<sup>51</sup>

#### *Uitkeringstest*

De AVA is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen.<sup>52</sup> Art. 2:216 lid 2 BW bepaalt dat een besluit van de AVA, dat strekt tot uitkering, geen gevolgen heeft zolang het bestuur van de bv geen goedkeuring hieraan heeft verleend.<sup>53</sup> Een uitkeringsbesluit wordt niet anders behandeld dan andere besluiten binnen de bv.<sup>54</sup> Het ontbreken van de goedkeuring door het bestuur kan ertoe leiden dat een actie tot vernietiging wordt ingesteld wegens gebreken in de totstandkoming van het besluit.

<sup>41</sup> Oud art. 2:216 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>42</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. D, p. 4.

<sup>43</sup> Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, *Asser 2-IIA NV en BV- oprichting, vermogen en aandelen*, 12 *Wet Flex-bv*, 2012/13.

<sup>44</sup> Hoofdstuk 2 paragraaf 3.

<sup>45</sup> De Kluiver 2006, p. 571-580.

<sup>46</sup> De Kluiver 2004, p. 1.

<sup>47</sup> De Kluiver 2004, p. 82.

<sup>48</sup> Van Capelle 2010.

<sup>49</sup> Van den Ingh e.a. 2006, p. 108.

<sup>50</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 14.

<sup>51</sup> Paragraaf 1.2.

<sup>52</sup> Art. 2:216 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>53</sup> Lennarts e.a. 2009, p. 227-229.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 12.

Het bestuur weigert slechts de goedkeuring 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.<sup>55</sup> Dit is de uitkeringstest. Bij de uitkeringstest wordt uitgegaan van een ruimere beoordeling, met dien verstande dat de invulling van de test zich niet beperkt tot de liquiditeit van de bv, maar zich ook uitstrekt tot andere financiële maatstaven die bepalend kunnen zijn voor de vraag of de bv haar opeisbare schulden zal kunnen blijven betalen. Voor de toelaatbaarheid van uitkeringen wordt niet langer aangesloten bij een willekeurig minimumkapitaal en bij mogelijk gedateerde cijfers, zoals in de oude wet, maar wordt gekeken naar 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 bv. 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 bv. Hoewel in art. 2:216 lid 2 BW geen termijn wordt genoemd waarop de uitkeringstest betrekking heeft, wordt in de wetsgeschiedenis gesteld dat de periode waarover de beoordeling zich zal uitstreken doorgaans ongeveer een jaar is. Een langere termijn is op zijn plaats als sprake is van bijzondere omstandigheden zoals toekomstige leningen.<sup>56</sup> Hoe de uitkeringstest wordt vorm gegeven in de praktijk wordt beschreven in hoofdstuk 5.

### *Beperkte balanstest*

Er wordt gesproken over een beperkte balanstest om aan te geven dat de reikwijdte van de test beperkter is dan de corresponderende balanstest bij de nv. De balanstest zoals die onder het oude recht gold, is niet langer van toepassing; een dergelijke test voldeed blijkens de memorie van toelichting niet en leidde bovendien tot administratieve lasten.<sup>57</sup> De nieuwe regeling vereist echter nog steeds een balanstest, die gebaseerd is op de Europese regels inzake de financiële verslaglegging.<sup>58</sup> Onder de oude wetgeving was de balanstest opgebouwd uit de elementen van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, de wettelijke reserves en de statutaire reserves. Onder de Wet flex-bv is geen sprake meer van een wettelijk minimumkapitaal voor de bv.<sup>59</sup> Hierdoor bestaat de balanstest voortaan uit de elementen wettelijke reserves en statutaire reserves. Of een bv wettelijke of statutaire reserves heeft kan worden afgeleid uit de jaarrekening, maar ook uit een tussentijdse vermogensopstelling. Het bestuur is echter niet verplicht een tussentijdse vermogensopstelling op te stellen.<sup>60</sup> Op het moment dat de bv een uitkering doet uit het eigen vermogen, moet worden voldaan aan de eis dat het eigen vermogen van de vennootschap niet lager wordt dan de som van de balanstest. Als gevolg van de wijziging in de wetgeving kunnen er opmerkelijke situaties ontstaan. Indien een bv geen wettelijke of statutaire reserves heeft, kan worden besloten om een dividenduitkering te doen die groter is dan het eigen vermogen van de bv. Het eigen vermogen van de bv wordt dan negatief. Als het bestuur de uitkering niet tegenhoudt op basis van de uitkeringstest, kan deze rechtsgeldig worden gedaan. De omstandigheid dat er volgens de beperkte balanstest vrij uitkeerbaar vermogen is, betekent nog niet dat dit vermogen mag worden uitgekeerd. Bij het uitvoeren van de balanstest dient het bestuur, naast de uitkeringstest, rekening te houden met eventuele statutaire of contractuele bepalingen die een uitkering in de weg staan.

---

<sup>55</sup> Art. 2:216 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>56</sup> H. Koster e.a. 2012.

<sup>57</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 29.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 6, p. 26 en *Kamerstukken II* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 14.

<sup>59</sup> Art. 2:216 lid 1 jo 2:207 lid 2 jo 2: 208 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>60</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426 nr. E, p. 7.

### 3.4 Vergelijking van de oude regeling met de nieuwe uitkeringstest

Met de nieuwe regeling wordt tegemoet gekomen aan de kritiek dat de oude regeling geen adequate bescherming voor crediteuren bood en dat het administratieve lasten met zich mee bracht. Het doel van het oude systeem van kapitaalbescherming was om kapitaal met een vaste omvang te garanderen ten behoeve van de crediteuren van de bv. Een systeem waarbij uitgegaan wordt van een uitkeringstest is geschikter. Het oude systeem van het kapitaalbeschermingsrecht probeerde kapitaal van een bepaalde omvang in stand te houden. Dit is in de praktijk meestal niet passend in relatie tot de ondernemingsrisico's waarvoor het wordt aangehouden. Het nieuwe systeem leidt daarentegen tot een situatie waarbij een fictief kapitaal aanwezig moet zijn voordat uitkeringen mogelijk zijn. Dit fictief kapitaal kan van dag tot dag wijzigen, afhankelijk van de in te schatten liquiditeitspositie van de bv. Doordat de uitkeringstest een open norm betreft die rekening houdt met alle omstandigheden die op dat moment van belang zijn voor de bv ontstaat er een onzekere situatie voor het bestuur. De uitkeringstest zal daarom moeten leiden tot meer bewustwording van het bestuur inzake de financiële gesteldheid van de bv. Concreet houdt dit in dat een bestuurder die zijn taken behoorlijk vervult in de zin van artikel 2:9 BW op grond van het nieuwe artikel 2:216 lid 3 WV gehouden is tot een uitkeringstest, waarbij bij onvoldoende aanwezigheid van expertise in de bv gebruik dient te worden gemaakt van een extern financieel expert, zoals een accountant. Indien zich later (financiële) problemen voordoen binnen de bv kan een bestuurder zich beroepen op het feit dat hij verantwoord heeft gehandeld gezien het oordeel van een onafhankelijke deskundige. Dit biedt ondersteuning bij het bewijs dat het niet aan de bestuurder te wijten is dat de bv de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkering af te wenden. De omvang van de bestuursaansprakelijkheid komt verder aan bod in paragraaf 4.3.2.

### 3.5 De totstandkoming van de wettelijke grondslag

Bij de totstandkoming van de wettelijke grondslag inzake de uitkeringstest is aansluiting gezocht bij jurisprudentie en de internationale ontwikkelingen op het gebied van de bv. De internationale ontwikkelingen blijven in dit onderzoek buiten beschouwing. Een onderzoek naar het systeem van crediteurenbescherming in het buitenland valt buiten het bereik van dit onderzoek. Bestuurders hoeven de internationale ontwikkelingen niet in acht te nemen bij het uitvoeren van de uitkeringstest.

De regeling in art. 2:216 BW is gebaseerd op de (interne) aansprakelijkheid van de bestuurders en/of aandeelhouders tegenover de bv. De normstelling en de reikwijdte van de uitkeringstest ex art 2:216 lid 3 BW worden beschouwd als codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad betreffende de arresten HR Beklamel, HR Nimox en HR Reinders/Didam.<sup>61 62</sup> Deze arresten zijn gebaseerd op de onrechtmatige daadbepaling van art. 6:162 BW. De zekere mate van samenloop met de tegen de bestuurders ingestelde vorderingen op grond van onrechtmatige daad was niet te vermijden omdat de regeling van 2:216 lid 3 BW in eerste plaats dient ter bescherming van crediteuren. In paragraaf 4.4.3. zal worden ingegaan op de verhouding van art. 2:216 lid 3 BW tot art. 6:162 BW.

---

<sup>61</sup> Zie paragraaf 3.3.1.

<sup>62</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 9.

Richtinggevend bij de ontwikkeling van de uitkeringstest was het arrest HR Beklamel. HR Beklamel betrof de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde gebaseerd op een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. In het arrest HR Beklamel is geoordeeld dat de bestuurder voor de schade van een schuldeiser aansprakelijk is indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van die schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat zal in ieder geval zo zijn als de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat de handelwijze de niet-nakoming tot gevolg zou hebben. De norm van artikel 2:216 lid 3 BW past goed in deze algemene regel.

In het kader van een dividenduitkering wijst de memorie van toelichting op de arresten HR Reinders Didam en HR Nimox.<sup>63</sup> Uit de arresten HR Reinders Didam en HR Nimox volgt dat ook indien een bv de wettelijke regels van kapitaalbescherming heeft nageleefd, een besluit tot dividenduitkering onrechtmatig kan zijn tegenover schuldeiser van de vennootschap.<sup>64</sup> Concreet houdt dit in dat door medewerking te verlenen aan een uitkering, die de continuïteit van de vennootschap ernstig in gevaar brengt en tegelijkertijd verhaal van crediteuren belemmert, het bestuur onrechtmatig kan handelen tegenover derden.<sup>65</sup>

De verhouding van art. 2:216 BW tot de arresten is onderwerp van discussie geweest in de behandeling van het wetsvoorstel flex-bv. De vraag die hierbij werd gesteld was of de huidige regeling van art. 2:216 niet afdoende is. De Commissie voor Veiligheid en Justitie<sup>66</sup> vraagt zich af of er uit het feit dat in de vele jaren waarin met de huidige regeling is gewerkt en er slechts enkele keren uitspraken zijn geweest waarin aanleiding was voor een actie uit onrechtmatige daad dan wel onbehoorlijke taakvervulling kan worden afgeleid dat de huidige regeling voldoet?<sup>67</sup> Op basis van deze jurisprudentie werd namelijk een ingrijpende wijziging in het systeem van vermogensbescherming binnen het bv-recht gefundeerd. Kon deze ingrijpende wijziging wel worden gefungeerd, nu het in deze twee arresten om nogal specifieke gevallen ging?

In de nadere memorie van antwoord wordt uiteengezet dat de aangehaalde jurisprudentie een belangrijke rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van de uitkeringstest, maar dat het niet de enige grondslag is geweest voor de voorgestelde regeling voor crediteurenbescherming.<sup>68</sup> De voornaamste grondslag was het advies van de expertgroep tot het invoeren van de uitkeringstest.<sup>69</sup> <sup>70</sup> Wat de expertgroep heeft geadviseerd is beschreven in paragraaf 3.3. en in paragraaf 5.2.

Ook in de literatuur wordt kritiek geuit op de formulering van artikel 2:216 BW.<sup>71</sup> De tweede kamer geeft te kennen met de aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en/of aandeelhouders aan te willen sluiten bij de in de rechtspraak geformuleerde normen en noemt daarbij de Nimox-zaak als voorbeeld.<sup>72</sup> De norm uit het Nimox-arrest beoogt een licht subjectief vereiste met betrekking tot de aansprakelijkheid. Dit houdt in dat bestuurders en aandeelhouders er ernstig rekening mee moeten houden dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De tweede kamer heeft echter voor een zwaar subjectief vereiste gekozen dat de Hoge Raad hanteert in de doorbraakrechtspraak: aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders indien zij

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr 3, p 33.

<sup>64</sup> HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox).

<sup>65</sup> HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel).

<sup>66</sup> Samenstelling: Holdijk (SGP), Broekers-Knol (VVD), (voorzit-ter), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Engels (D66), Franken (CDA), Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA), (vice-voorzitter), Duthler (VVD), Koffeman (PvdD), Quik-Schuijt (SP), Strik (GL), K.G. de Vries (PvdA), Knip (VVD), Hoekstra (CDA), Lokin-Sassen (CDA), Scholten (D66), De Boer (GL), De Lange (OSF), Ter Horst (PvdA), Beuving (PvdA), Kooole (PvdA), Schrijver (PvdA), Reynaers (PVV), Popken (PVV), Frijters-Klijnen (PVV), Ester (CU), Swagerman (VVD).

<sup>67</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. D.

<sup>68</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 9.

<sup>69</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 25.

<sup>70</sup> De Kluiver e.a. 2004.

<sup>71</sup> Barneveld 2009, 6791, p. 232, Barneveld 2009, 6809, p. 695

<sup>72</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr 3 p. 24.

wisten of behoorden te voorzien dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Volgens Mr. J. Varneveld, junior docent & onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam, wordt daarom in art. 2:216 BW de verkeerde onrechtmatige daads-norm gecodificeerd. Het risico bestaat daarom dat de norm uit art. 2:216 BW de onrechtmatige daads-norm bij vermogensonttrekkingen zal gaan inkleuren. Bestuurders en aandeelhouders zullen eerder aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad dan op grond van de uitkeringstest. De onrechtmatige daad komt verder aan bod in paragraaf 4.4.3.

De wetgever is het niet eens met de kritiek die wordt geuit. In de notitie van de WFJ is de materiële beoordeling van de financiële situatie van de bv uitgewerkt aan de hand van een aantal vragen die betrekking hebben op factoren die de continuïteit van de bv kunnen beïnvloeden. De wetgever wil onderstrepen dat de 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. Omdat er wordt aangesloten bij het bestaande recht ten aanzien van aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders jegens de bv, behoeft men in de praktijk niet te vrezen dat de voorgestelde wettelijke bepalingen leiden tot onevenredige aansprakelijkheidsrisico's in het kader van crediteurbescherming.

Wat kan worden geconcludeerd uit bovenstaande is dat, ondanks de kritiek uit de literatuur en van de Commissie voor Veiligheid en Justitie, volgens de wetgever in oud art. 2:216 een gebrek zat. De rechtsregels uit de arresten HR Nimox en HR Reinders/Didam repareren het gebrek dat kleefte aan oud art. 2:216 BW. Er wordt gekozen voor een specifiekere benadering. Op het moment dat wordt uitgekeerd kan de situatie beduidend anders liggen dan wat men uit de jaarrekening zou opmaken. De bv kan er inmiddels florisser, maar ook veel slechter voor staan.

### 3.6 Samenvatting

Voor 1 oktober 2012 was er geen wettelijke regeling inzake een uitkeringstest indien een bv uitkeringen aan aandeelhouders wilde doen. Het toen bestaande systeem van kapitaalbescherming ging uit van een zogenaamde balanstest welke geformuleerd was in oud art. 2:216 BW. Op grond van oud art. 2:216 BW kon de bv aan aandeelhouders en andere eventuele gerechtigden slechts uitkering doen voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de wettelijk en statutaire reserves.

Na 1 oktober 2012 is de uitkeringstest ingevoerd. De uitkeringstest is geregeld in art. 2:216 lid 2 BW. Het systeem gaat nu niet langer uit van een bepaald kapitaal dat in de bv aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitkering aan aandeelhouders. Het systeem beoordeelt nu de geoorloofdheid van uitkeringen aan de hand van de financiële positie van de bv. Het bestuur moet een dergelijke uitkering goedkeuren. Een balanstest blijft in zekere mate wel bestaan, omdat ten laste van de wettelijke of statutaire reserves geen uitkering mag worden gedaan. Het aanhouden van een wettelijk minimumkapitaal is, zoals beschreven in paragraaf 2.3, vervallen. Dit kan tot gevolg hebben dat de bv geen wettelijke of statutaire reserves heeft. In dit geval is de nieuwe balanstest niet van toepassing. In die situatie verzet de Wet flex-bv zich niet tegen een uitkering die leidt tot een negatief eigen vermogen, tenzij de uitkering op grond van de uitkeringstest leidt tot continuïteitsrisico's.

De uitkeringstest heeft aansluiting gezocht bij de jurisprudentie en de internationale ontwikkelingen. In art. 2:216 lid 2 BW is beoogd de norm die zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld te codificeren. Belangrijke arresten hierbij waren HR Beklamel, HR Nimox en HR Reinders/Didam. De norm houdt in dat een uitkering niet de voortzetting van de bv in gevaar mag brengen.

## Hoofdstuk 4

## De reikwijdte van de uitkeringstest

---

### 4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat een uiteenzetting van de bepalingen van art. 2:216 BW die invloed kunnen hebben op de statuten en een analyse van de reikwijdte van enkele juridische begrippen die verband houden met de uitkeringstest. De Wet flex-bv is een relatief nieuwe wet. Er zijn na 1 oktober 2012 nog geen uitspraken gedaan die verband houden met de uitkeringstest. Hoe de reikwijdte van de juridische begrippen in de praktijk wordt ingevuld kan dus nog niet gezegd worden. In dit hoofdstuk wordt daarom slechts de theorie over deze juridische begrippen behandeld. De centrale vragen in dit hoofdstuk luiden: Wat zijn de juridische vereisten die verband houden met de uitkeringstest en hoe verhouden de algemene gronden van aansprakelijkheid zich tegenover de uitkeringstest?

### 4.2 Statuten

In art 2:216 BW geeft de wetgever veel vrijheid om de bv statutair naar eigen inzicht in te richten. De vrijheid die in art. 2:216 BW door de wetgever is gegeven komt in deze paragraaf aan bod. Art 2:216 leden 2 en 3 en 11 BW zien niet op de statuten en worden in deze paragraaf daarom buiten beschouwing gelaten. Daarnaast wordt art 2:216 lid 9 en lid 10 BW buiten beschouwing gelaten omdat deze overeenkomen met het oude art. 2:216 lid 7 en lid 9 BW.

#### *Winstbestemming en winstuitkering (art. 2:216 lid 1 BW)*

Het wettelijk uitgangspunt is dat de AVA bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van de uitkering. Dit geldt niet alleen voor uitkeringen uit de winst, maar ook voor uitkeringen uit vrije reserves.<sup>73</sup> De statuten kunnen de bevoegdheid van de AVA tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen beperken of toekennen aan een ander orgaan. De reden voor deze omdraai was dat in de praktijk vrijwel alle modelstatuten afweken van de oude wettelijke regel. Deze wijziging draagt bij aan het terugdringen van onnodige statutaire bepalingen.

#### *Berekening uitkering en eigen aandelen (art 2:216 lid 5 BW)*

De hoofdregel is dat voor de berekening van iedere uitkering de door de bv gehouden eigen aandelen niet meetellen. De statuten kunnen hiervan afwijken. Voorheen was het wettelijk uitgangspunt omgekeerd; voor de berekening van iedere uitkering werden de door de bv gehouden eigen aandelen meegeteld. De reden voor deze ommekeer van de regel was dat in praktijk vrijwel alle modelstatuten afweken van de oude wettelijke regel. Ook deze wijziging draagt daarom bij aan het terugdringen van onnodige statutaire bepalingen. Daarnaast wordt in art. 2:216 lid 5 BW gesproken van uitkeringen in plaats van het smallere begrip winstverdeling. Hiermee wordt beter tot uitdrukking gebracht dat art. 2:216 BW niet alleen van toepassing is op uitkering van winst en reserves, maar ook bij terugbetaling op en inkoop van aandelen en bij kapitaalvermindering met terugbetaling.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr 3, p. 68-69.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr 3, p. 74.

### *Berekening bedrag van uitkering (art 2:216 lid 6 BW)*

Voor de berekening van het bedrag van de uitkering per aandeel komt slechts het bedrag van de verplichte stortingen in aanmerking. De statuten kunnen hiervan afwijken. Deze bepaling komt overeen met het bestaande lid 6, met dien verstande dat niet meer wordt gesproken van “winstbedrag” maar van het “bedrag”. Hiermee wordt beter tot uitdrukking gebracht dat art. 2:216 lid 6 BW niet alleen van toepassing is op de uitkering van winst, maar ook op andere uitkeringen. Net zoals in art. 2:216 lid 5 BW is het art. 2:216 lid 6 BW niet alleen van toepassing op uitkering van winst en reserves, maar ook bij terugbetaling op en inkoop van aandelen en bij kapitaalvermindering met terugbetaling.<sup>75</sup>

Indien de bv statutair hiervan af wil wijken, kan afbreuk worden gedaan aan de rechten van bepaalde aandeelhouders. De winstverdeling tussen de aandeelhouders zal immers kunnen wijzigen wanneer voor de berekening een andere maatstaf wordt gehanteerd. Art. 2:216 lid 8 BW bepaalt daarom dat voor een dergelijk besluit tot statutenwijziging de instemming is vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet. Daarnaast kan bij elke uitkering met instemming van alle aandeelhouders worden afgeweken van de hoofdregel.<sup>76</sup>

### *(beperkt) winstrechtloze aandelen (art 2:216 lid 7 BW)*

Art. 2:216 lid 7 BW opent de mogelijkheid in de statuten te bepalen dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven op deling in de winst of reserves van de bv. De Wet flex-bv maakt het mogelijk dat in de statuten wordt voorzien in winstrechtloze aandelen. Het kan in sommige gevallen gewenst zijn dat een aandeelhouder niet deelt in de winst van de bv en evenmin recht heeft op een gedeelte van het liquiditeitsoverschot. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een familiebedrijf. De oprichter van het familiebedrijf kan wel willen meebeslissen over de gang van zaken in de bv, maar de winst wil hij geheel aan zijn kinderen doen toekomen.<sup>77 78</sup>

### *Instemmingsvereiste (art 2:216 lid 8 BW)*

Het winstrecht en het stemrecht vormen een wezenlijk onderdeel van het aandeelhouderschap. Het is daarom van belang dat een statutenwijziging die afbreuk doet aan het winstrecht niet tegen de wil van de betrokken aandeelhouder kan plaatsvinden. Art. 2:216 lid 6 BW bepaalt dat voor een besluit tot statutenwijziging als bedoeld in art. 2:216 lid 6 of lid 7 BW de instemming is vereist van alle houders van aandelen waaraan de statutenwijziging afbreuk doet. Door te bepalen dat instemming vereist is, is de bescherming eveneens van toepassing op houders van stemrechtloze aandelen.<sup>79</sup>

## **4.3 Reikwijdte ten aanzien van de aansprakelijkheid (art. 2:216 lid 3 BW)**

Het bestuur is, zo is de gedachte, in staat te beoordelen of, op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening en op basis van de ontwikkelingen na sluiting boekjaar, de uitkering toelaatbaar is. De in art. 2:216 lid 3 BW opgenomen aansprakelijkheidsregels zijn niet van toepassing op uitkeringen in de vorm van aandelen in het kapitaal van de bv of bijschrijvingen op niet volgestorte aandelen. Deze uitzondering is gerechtvaardigd omdat bij deze vormen van uitkering de aandelen worden volgestort vanuit beschikbare reserves. Er verdwijnt geen vermogen uit de bv, zodat de financiële positie van de bv voor deze uitkeringen niet in gevaar komt en benadeling van crediteuren niet aan de orde is.<sup>80</sup> Wat de goedkeuring van het bestuur inhoudt en wanneer bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk zijn, wordt in deze paragraaf beschreven.

<sup>75</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 74.

<sup>76</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 75.

<sup>77</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 75.

<sup>78</sup> Art. 2:228 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>79</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 75.

<sup>80</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 76.



#### 4.3.1. Goedkeuring van het bestuur

In paragraaf 3.3 is beschreven dat een besluit dat strekt tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend.<sup>81</sup> De goedkeuring wordt slechts geweigerd indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De goedkeuring van het besluit tot winstbestemming vereist geen uitdrukkelijk besluit van het bestuur. Het besluit tot goedkeuring kan impliciet of stilzwijgend worden genomen, bijvoorbeeld door betaalbaarstelling van het dividend.<sup>82</sup> Dit zal het geval zijn bij bv's 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.<sup>83</sup> Het is van belang om een kader te schetsen dat aangeeft in welke gevallen de goedkeuring geweigerd kan worden. Wanneer het bestuur op basis van de uitkeringstest tot de conclusie komt dat de bv door de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden zal de goedkeuring moeten worden geweigerd. Er kan bij een uitkering sprake zijn van twee verschillende momenten. 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 bv 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.<sup>84</sup> Dit betekent dat het bestuur uitsluitend goedkeuring kan verlenen onder de voorwaarde dat op het moment van uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen. Dit is 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 AVA geen gevolg krijgt. Dit sluit aan bij het uitgangspunt van de voorgestelde regeling dat de schuldeisers van de bv 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.<sup>85</sup>

Het oordeel van de bestuurders inzake de uitkeringstest zal in tijd beperkt zijn tot een redelijke periode vanaf de uitkering. Dit blijkt uit de formulering «redelijkerwijs behoort te voorzien». In het algemeen zal de wetenschap zich niet langer dan een jaar na de uitkering kunnen uitstrekken. Dit kan in bepaalde gevallen echter anders zijn, bijvoorbeeld als het bestuur weet dat de bv een grote som aan belastingschulden moet aflossen.<sup>86</sup> Alle beschikbare informatie zal bij de oordeelsvorming moeten worden betrokken.<sup>87</sup> Indien het bestuur aanwijzingen heeft dat de continuïteit van de bv in gevaar is, kan het raadzaam zijn om een geactualiseerde vermogensopstelling op te maken. De toelichting bij het wetsontwerp geeft verschillende zienswijzen over wanneer het bestuur de goedkeuring mag weigeren. De memorie van antwoord van 1 maart 2012 merkt het volgende op:

---

<sup>81</sup> Art. 2:216 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>82</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C, p. 12.

<sup>83</sup> *Kamerstukken I* 2011/12 31058/32426, nr. E, p. 11.

<sup>84</sup> Schwarz 2012, p. 65.

<sup>85</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 12.

<sup>86</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 71.

<sup>87</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 15.

*“Met het woord “slechts” (in lid 2 van art. 2:216 BW) wordt tot uitdrukking gebracht dat het bestuur uitsluitend de goedkeuring mag weigeren, indien de daarna genoemde omstandigheid zich voordoet. Het bestuur heeft daarbuiten geen discretionaire bevoegdheid tot goedkeuring. Anders gezegd: indien het bestuur bijvoorbeeld van oordeel is dat een voorziening moet worden getroffen om toekomstige investeringen mogelijk te maken, is het niet bevoegd om zijn goedkeuring aan het besluit tot toestemming van de winst te onthouden, indien de vennootschap haar opeisbare schulden kan blijven betalen. Dit sluit aan bij het uitgangspunt dat de algemene vergadering bevoegd is om de bestemming van de winst te bepalen binnen de marges van de noodzakelijke schuldeisersbescherming”.*<sup>88</sup>

In latere stukken wordt dit standpunt genuanceerd waarbij het blijkbaar schakelt op de vraag of de investering ‘noodzakelijk’ is. Het gaat, zo wordt gememoreerd bij de beslissing tot goedkeuring van de uitkering, om een door het bestuur te maken afweging tussen de belangen van de aandeelhouders en de schuldeisers.

*“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 belangrijke belastingschuld moet aflossen”.*<sup>89</sup>

De laatste benadering lijkt mij juist. Dit sluit aan bij de mening van Prof. mr. C.A. Schwarz in het boek *inleiding tot het nieuwe bv-recht*. Voorzienbare verplichtingen op langere termijn die de continuïteit van de onderneming zullen raken, moeten meegenomen worden in het goedkeuringsbesluit. Dit houdt in dat een betalingsverplichting jegens een leverancier als een voorzienbare opeisbare vordering kan worden gezien. Wordt goedkeuring verleend voor een onverantwoorde uitkering dan heeft dit het ontstaan van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens de bv tot gevolg.<sup>90</sup> Hier zal verder op ingegaan worden in paragraaf 4.3.2. Indien het bestuur toestemming verleent voor een besluit tot winstbestemming dat niet voldoet aan het vereiste in art. 2:216 lid 1 BW dan is dit besluit vernietigbaar.<sup>91 92</sup>

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 bv 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 bv 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 AVA en het bestuur over een uitkering niet van confrontaties over andere besluiten binnen de bv. Uiteindelijk geldt voor alle besluiten die de aandeelhouders niet bevallen, dat zij uiteindelijk kunnen overgaan tot ontslag van bestuurders. In de regel zullen aandeelhouders hier terughoudend mee omgaan, omdat een conflict over uitkeringen de reputatie van de onderneming en de betrokkenen zou kunnen schaden.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Kamerstukken I 2011/12 31058/32426, nr. C, p. 12.

<sup>89</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. E., p. 15.

<sup>90</sup> Art. 2:216 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>91</sup> Art. 2:14 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>92</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 12.

<sup>93</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 12.

#### 4.3.2. Omvang bestuursaansprakelijkheid

Art. 2:216 lid 3 BW bevat een specifieke wettelijke grondslag voor de bestuurdersaansprakelijkheid bij uitkeringen. Het bestuur is verantwoordelijk voor het testen van de toelaatbaarheid van uitkeringen aan aandeelhouders. Goedkeuring zou op grond van art. 2:216 lid 3 BW door het bestuur geweigerd moeten worden, als zij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap na een uitkering te maken zou krijgen met ernstige betalingsproblemen. Als het bestuur de goedkeuring niet weigert en de bv krijgt met ernstige problemen te maken, terwijl het bestuur dit wist of had moeten weten, dan zouden bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van art. 2:216 lid 3 BW gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij een bestuurder.<sup>94</sup> Een inschatting van de toelaatbaarheid van een uitkering zal complex zijn. Daarom zal in veel voorkomende gevallen een deskundige worden gevraagd om een prognose op te stellen. Wanneer bestuurders de hulp van een financieel deskundige inroepen, zal dit vaak mede zijn ingegeven door de angst voor het risico van persoonlijke aansprakelijkheid indien zij ten onrechte goedkeuring verlenen. Met het oog op het onderzoek wordt de accountant aangenomen als financieel deskundige. Met een advies van een accountant zal mogelijk beter kunnen worden aangetoond dat zij zorgvuldig hebben gehandeld.<sup>95</sup> Een bestuurder mag erop vertrouwen dat een financieel deskundige geen advies geeft tot het nemen van een dividendbesluit als kennelijk onbehoorlijk bestuur is aan te merken.<sup>96</sup> Een andere reden om een accountant in te schakelen is dat de aansprakelijkheid van de bestuurder vanwege ongeoorloofde uitkering onder omstandigheden kan worden afgewenteld op de deskundige.<sup>97</sup> De accountant is verantwoordelijk voor het verkrijgen van voldoende en geschikte controle-informatie om de uitkering te beoordelen.<sup>98</sup> In welke gevallen de aansprakelijkheid kan worden neergelegd bij de accountant is een verbintenisrechtelijke kwestie. Dit valt buiten het bereik van dit onderzoeksrapport en wordt derhalve verder buiten beschouwing gelaten.

Op grond van art. 2:216 lid 3 BW gaat de aansprakelijkheid van de bestuurders niet verder dan vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De regeling van art. 2:216 lid 3 BW beoogt de ontvangers van de uitkering die niet te goeder trouw zijn, draagplichtig te laten zijn voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.<sup>99</sup> De ontvangers van de uitkering zijn aansprakelijk voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkeringen. Indien de schade die de crediteuren lijden geringer is dan het bedrag van de uitkering, moeten bestuurders niet voor het volledige bedrag van de uitkering aansprakelijk zijn. Staat het bedrag van het tekort, tot betaling waarvan bestuurders zijn veroordeeld, nog niet vast, dan kan gebruik worden gemaakt van een schadestaatprocedure.<sup>100</sup> In de schadestaatprocedure wordt de omvang van het tekort vastgesteld.<sup>101 102</sup> Dit gebeurt pas wanneer de aansprakelijkheid in het hoofdgeding vast komt te staan.

Wanneer de situatie zich voordoet dat een bv een bestuurder en/of een aandeelhouder op grond van art. 2:216 BW aanspreekt voor het tekort dat door een uitkering is ontstaan, mogen de openstaande vorderingen die de aangesproken bestuurder en/of aandeelhouder jegens de bv heeft, niet worden verrekend met de vordering van bv. Verrekening van de vordering van de aansprakelijke bestuurder en/of aandeelhouder zou immers betekenen dat de vordering die de bv in het belang van de crediteuren heeft ingesteld, niet te gelde kan worden gemaakt. De crediteuren zouden dan nog steeds met lege handen staan.<sup>103</sup> Deze alinea heeft ook betrekking op paragraaf 4.3.4.

<sup>94</sup> Art. 2:216 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>95</sup> Dieleman 2012, nr. 21.

<sup>96</sup> HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (Reinders/Didam).

<sup>97</sup> Barneveld 2012.

<sup>98</sup> Dieleman 11 november 2012, nr. 20.

<sup>99</sup> *Kamerstukken I* 2008/09, 31058, nr. 6.

<sup>100</sup> Art. 2:248 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>101</sup> Art. 612 t/m 615b Rechtsvordering.

<sup>102</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, nr. 3, p. 25.

<sup>103</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 13.

In de procedure van art. 2:216 lid 3 BW berust de bewijslast in beginsel bij de bv. De rechter kan bij de bewijslastverdeling echter rekening houden met de omstandigheden van het geval.<sup>104,105</sup> Een reden om de bewijslast bij de bestuurder te leggen kan zijn gelegen in het feit dat deze bij uitstek beschikt over de informatie die verband houdt met de totstandkoming van het besluit tot uitkering. Aansprakelijkheid van bestuurders mag door de rechter derhalve niet te snel worden aangenomen. Het is inherent aan de werkzaamheden van bestuurders dat zij bij het besturen van een bv zekere risico's nemen en een zekere mate van beleidsvrijheid hebben bij het nemen van beslissingen.<sup>106</sup>

#### 4.3.3. Bestuursaansprakelijkheid afwenden

De wet gaat in beginsel uit van collegiaal bestuur; bestuursbesluiten zijn een 'vrucht van onderling overleg'.<sup>107</sup> In dat kader bepaalt de wet dan ook dat, indien een bepaalde taak tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, ieder van hen hoofdelijk aansprakelijk is voor een eventuele tekortkoming. Er zijn echter mogelijkheden voor bestuurders om de aansprakelijkheid af te wenden.

##### *Disculpatie*

Een bestuurder kan zijn aansprakelijkheid voor het doen van onverantwoorde uitkeringen afwenden door zich te disculperen. De mogelijkheid tot disculpatie in lid 3, zin 3 is rechtstreeks overgenomen uit art. 2:9 BW.<sup>108</sup> Een bestuurder die het niet eens is met het doen van een uitkering, maar wordt overstemd in de bestuursvergadering, kan zich disculperen indien nadien blijkt dat de uitkering inderdaad onverantwoord was. Hij dient daartoe te bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de bv de uitkering heeft gedaan. Het lijkt voldoende dat de bestuurder tijdens de bestuursvergadering toelicht waarom hij de dividenduitkering onverantwoord vindt, en vervolgens tegenstemt bij het goedkeuren van het dividendbesluit. Dit kan de bestuurder aantonen via de notulen van de bestuursvergadering. Daarnaast dient de bestuurder te bewijzen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De bestuurder dient hiervoor alles in het werk te stellen om te voorkomen dat door de uitkering de continuïteit van de bv in gevaar komt. De bestuurder kan het doen van een uitkering, welke de continuïteit van de bv in gevaar brengt, mogelijk voorkomen door zijn medebestuurder te overtuigen van het continuïteitsgevaar na uitkering. Ter onderbouwing hiervan kan de bestuurder de uitkeringstest uitvoeren. De hulp van een accountant kan ingeschakeld worden. De uitkeringstest laat zien dat de continuïteit van de bv na uitkering in gevaar is. Deze gegevens overlegt de bestuurder aan de medebestuurders. Van dit proces maakt de bestuurder een schriftelijk verslag op. Hiermee kan de bestuurder bewijzen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkeringstest af te wenden. Hoe er in de praktijk zal worden omgegaan met de situatie dat een bestuurder zijn goedkeuring aan een uitkeringsbesluit wenst te onthouden, zal echter nog moeten blijken.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Art. 150 Rechtsvordering.

<sup>105</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 17-18.

<sup>106</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.

<sup>107</sup> HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (Wijsmuller).

<sup>108</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 32.

<sup>109</sup> Boschma e.a. 2012.

### Decharge

De reikwijdte van de aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de bv wordt bepaald via een AVA besluit tot het wel of niet verlenen van decharge voor het door het bestuur gevoerde beleid. Decharge moet afzonderlijk worden geagendeerd.<sup>110</sup> Indien alle aandeelhouders bestuurder zijn van de bv is met de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders niet alleen de jaarrekening vastgesteld, maar is daarmee ook decharge verleend aan de bestuurders.<sup>111</sup>

Met het dechargebesluit doet de bv afstand van het recht om de schade die voortvloeit uit onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder te vorderen. Decharge is mogelijk zelfs indien de schade door opzet of bewuste roekeloosheid is veroorzaakt.<sup>112</sup> De decharge strekt zich niet uit tot niet aan de AVA bekendgemaakte fouten.<sup>113</sup> Het dechargebesluit treedt in werking direct nadat de bestuurder er kennis van heeft genomen en het niet onverwijld heeft afgewezen. In enkele gevallen is een dechargebesluit vernietigbaar.<sup>114</sup> Indien het dechargebesluit wordt vernietigd, kan de bv alsnog de bestuurders op grond van art. 2:216 lid 3 BW aansprakelijk stellen.<sup>115</sup>

#### 4.3.4. Aansprakelijkheid van aandeelhouders

In de systematiek van art. 2:216 BW kan het zich voordoen dat zowel bestuurders als aandeelhouders gehouden zijn tot vergoeding van de ongeoorloofde uitkering aan de bv. Uiteraard hoeft de bv maar eenmaal schadeloos te worden gesteld.<sup>116</sup> De aandeelhouders die te kwader trouw een uitkering hebben ontvangen die in strijd met de uitkeringstest is gedaan, zijn gehouden tot vergoeding van het tekort dat hierdoor is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering. Een aandeelhouder is te kwader trouw indien hij wist of behoorde te weten dat de bv na uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De voor de aansprakelijkheid van aandeelhouders vereiste wetenschap van het onverantwoord zijn van de uitkering, kan ervoor zorgen dat de bestuurders de aandeelhouders informeren over het resultaat van de uitkeringstest. Indien de aandeelhouders hiervan op de hoogte zijn gesteld en het bestuur ondanks het gegeven dat de uitkering onverantwoord is zijn goedkeuring heeft verleend, dan kunnen de bestuurders, via het instellen van een regresvordering bewerkstelligen dat de aandeelhouders (een deel van) het uitgekeerde bedrag aan hen terugbetalen.<sup>117</sup> De bestuurders kunnen dit pas doen nadat zij zelf zijn aangesproken door de bv tot vergoeding aan de bv van de ongeoorloofde uitkering.

#### 4.4 Verhouding tot de algemene grondslagen van aansprakelijkheid

Deze paragraaf bevat uitleg over de verhouding tussen de aansprakelijkheid geregeld in art. 2:216 lid 3 BW en de algemene gronden van aansprakelijkheid. De algemene grondslagen van aansprakelijkheid zijn geregeld in art. 2:9 BW, 2:248 BW en 6:162 BW. Zoals is beschreven in paragraaf 3.5 betreft het in art. 2:9 BW en 2:216 BW interne aansprakelijkheid. Interne aansprakelijkheid houdt in de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de relatie die de bestuurders en/of aandeelhouders hebben met de bv en de verplichtingen die de bestuurders en/of aandeelhouders uit dien hoofde jegens de bv heeft. Wanneer de bestuurder en/of aandeelhouder met hun handelen de bv schade berokkent, zijn zij daarvoor aansprakelijk. De bestuurders en/of aandeelhouders zijn in het geval van interne aansprakelijkheid dus jegens de bv aansprakelijk gesteld. Alleen de bv kan bestuurders en/of aandeelhouders aansprakelijk stellen op grond van art. 2:216 lid 3 BW.

<sup>110</sup> Art. 2:210 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>111</sup> Art. 2:210 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>112</sup> HR 20 oktober 1989, NJ 1990/308 (ellem).

<sup>113</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

<sup>114</sup> Vernietigbaar op grond van art 2:15 lid 1 sub b BW, art. 2:356 sub a BW, art. 42 FW en ar. 2:247 BW

<sup>115</sup> Boschma e.a. 2012.

<sup>116</sup> Art. 2:216 lid 3 zin 5 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>117</sup> Art. 2:216 lid 3, zin 5 van het Burgerlijk Wetboek.

Naast het feit dat de bestuurders en/of aandeelhouders jegens een bv aansprakelijk gesteld kunnen worden, kunnen bestuurders en/of aandeelhouders in sommige gevallen aansprakelijk zijn tegenover derde. Dit is externe aansprakelijkheid. Art 2:248 BW en art. 6:162 BW betreffen externe aansprakelijkheid. Externe aansprakelijkheid houdt in dat de bestuurders en/of aandeelhouders naast de rechtspersoon aansprakelijk zijn jegens derden voor schade die zij lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder.

Het is voor de rechter moeilijk om invulling te geven aan de verschillende normen die voor de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders gelden. Daarnaast moet de rechter er rekening mee houden dat het bestuur een bepaalde mate van beleidsvrijheid toekomt bij het besturen van bv. Het functioneren van het bestuur moet niet onmogelijk gemaakt worden, daarom toetst de rechter in Nederland terughoudend op dit gebied.<sup>118</sup> Er wordt rekening gehouden met de beleidsvrijheid van het bestuur van een vennootschap. Van belang is dat de rechter er op bedacht moet zijn dat niet twee keer aansprakelijkheid kan ontstaan voor dezelfde schade.<sup>119</sup>

#### 4.4.1. Verhouding tot art. 2:9 BW

In bovenstaande hoofdstukken is naar voren gekomen dat art 2:9 BW een belangrijke rol heeft gespeeld bij het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW. Op grond van art 2:9 BW is iedere bestuurder gehouden aan een behoorlijke taakvervulling tegenover de bv. De wetgever heeft in art. 2:216 lid 3 BW zoveel mogelijk willen aansluiten bij de systematiek en jurisprudentie van art. 2:9 BW. Beide bepalingen zien toe op interne aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de bv. De meerwaarde van art. 2:216 lid 3 BW is dat art. 2:216 lid 3 BW een verduidelijking van de norm van art. 2:9 BW in het geval van uitkeringen bevat. Hierdoor kan art. 2:216 lid 3 BW worden beschouwd als een *lex specialis* van art. 2:9 BW. Beide artikelen kennen de mogelijkheden van disculpatie en decharge van bestuurders. De aansprakelijkheid uit art. 2:9 BW rust op bestuurders in formele zin en op hen die krachtens de statuten of besluiten van de AVA daden van bestuur verrichten. De aansprakelijkheid van art. 2:216 BW rust op de feitelijke bestuurders en/of aandeelhouders of medebeleidsbepalers. Art. 2:9 BW heeft een ruimer toepassingsbereik omdat de bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het volledige bedrag van uitkering van de door de bv geleden schade. De aansprakelijkheid van een bestuurder die met wetenschap van betalingsonmacht van de bv een uitkering heeft goedgekeurd is beperkt tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan.<sup>120</sup> Op grond van art. 2:9 BW kan daarentegen de volledige schade veroorzaakt door de onbehoorlijke taakvervulling worden verhaald op de bestuurders.

#### 4.4.2. Verhouding tot art. 2:248 BW

Indien de uitkering kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement van de bv, lopen bestuurders het risico door de curator te worden aangesproken op grond van onbehoorlijke taakvervulling bij faillissement.<sup>121</sup> De aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 lid 3 BW staat hier niet in de weg en evenmin een aan de bestuurders verleende decharge.<sup>122 123</sup> In art. 2:248 BW ziet de aansprakelijkheid in het geval van faillissement op het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De aansprakelijkheid van art. 2:216 BW geldt, zoals is gebleken, slechts voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De aansprakelijkheid van art. 2:248 BW reikt hier verder dan de aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 lid 3 BW.

<sup>118</sup> Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, mr. Drs. B.F. Assink, Utrecht 2007, p. 45.

<sup>119</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 15.

<sup>120</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 7.

<sup>121</sup> HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (Reinders/Didam).

<sup>122</sup> Art. 2:248 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>123</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 15.

Voor bestuursaansprakelijkheid bij faillissement stelt de wet dat er sprake moet zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat het aannemelijk moet zijn dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De wetgever heeft in een tweetal gevallen nadrukkelijk aangegeven dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Dit is het geval als het bestuur geen behoorlijke boekhouding op grond van art. 2:10 heeft gevoerd of als het bestuur nalaat om de jaarrekening tijdig te publiceren op grond van art. 2:394 BW.<sup>124</sup> De wetgever geeft dergelijke criteria niet in art. 2:216 lid 3 BW. Hierdoor is het moeilijker in te schatten wanneer er daadwerkelijk sprake is van aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 lid 3 BW.

#### 4.4.3. Verhouding tot art. 6:162 BW

Volgens de wetgever was een zekere samenloop van art. 2:216 lid 3 BW met de onrechtmatige daad niet te vermijden. Het doel van art. 2:216 lid 3 BW is immers het beschermen van crediteuren. De aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 lid 3 BW laat onverlet dat bestuurders en/of aandeelhouders vanwege een onverantwoorde uitkering aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad.<sup>125</sup> Het handelen van een bestuurder en/of aandeelhouder moet als onrechtmatig aan te merken zijn. Hier is sprake van wanneer de bestuurder voldoende ernstige verwijtbaarheid aangerekend kan worden.<sup>126</sup> Dit houdt in dat de bestuurder bij aangaan van de overeenkomst namens de bv, weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de bv haar verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zal kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor schade die de crediteur daardoor lijdt. Een aandeelhouder handelt onrechtmatig indien hij door de uitoefening van het stemrecht een dividendbesluit bewerkstelligt wat continuïteitsrisico's voor de bv oplevert. De aandeelhouder dient ernstig rekening te houden met de benadeling van crediteuren. Dit volgt uit de arresten HR Nimox, HR Panmo en HR Keulen-BLG.<sup>127</sup> Dat het uitkeringsbesluit op grond van de kapitaalbeschermingsregels geldig was, neemt deze onrechtmatigheid niet weg.

De grondslag van art. 6:162 BW biedt de door uitkering benadeelde individuele crediteuren de mogelijkheid bestuurders aan te spreken, omdat zij niet zelf een vordering kunnen instellen op grond van art. 2:216 lid 3 BW. De regeling van art. 2:216 lid 3 BW is ingesteld met het oog op crediteurenbescherming, maar het is desondanks niet mogelijk voor de direct belanghebbenden hiervan gebruik te maken. De bestuurder die kan bewijzen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de onverantwoorde uitkering, hoeft niet beducht te zijn voor aansprakelijkheidstelling op grond van art. 6:162 BW.

---

<sup>124</sup> Art. 2:248 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>125</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 17.

<sup>126</sup> HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel).

<sup>127</sup> HR 8 november 1991, *NJ* 1992 (Nimox), Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999 *JOR* 2000/93 (Panmo) en HR 9 mei 1986 *NJ* 1986, 792 (Keulen-BLG)

#### 4.5 Samenvatting

Art. 2:216 BW biedt mogelijkheden om de statuten van de bv naar eigen inzicht in te richten. De bepalingen die zijn opgenomen in de statuten moeten overeenkomen met de wet.

Het bestuur moet toestemming geven inzake het doen van uitkeringen. De bestuurder mag de uitkering slechts weigeren indien hij weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De bestuurder is aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. De betekenis van het woordje 'slechts' wordt gegeven in de kamerstukken. De AVA behoudt het recht om zich uit te spreken over de bestemming van de winst en de vaststelling van uitkeringen.<sup>128</sup> De bestuurder kan zijn aansprakelijkheid afwenden door zich te dechargeren of te disculperen. Met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald. Naast bestuurders kunnen ook aandeelhouders aansprakelijk worden gesteld. Aandeelhouders zijn aansprakelijk voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door de aandeelhouder ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Een aandeelhouder is niet aansprakelijk indien hij bewijst dat hij niet wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders is een onderwerp dat verscheidene wettelijke grondslagen kent en dat wordt overheerst door casuïstiek. Art. 2:216 lid 3 BW heeft raakvlakken met de algemene grondslagen van aansprakelijkheid welke zijn vastgelegd in art. 2:9, 2:248 en 6:162 BW. Per casus zal gekeken moeten worden welke grond van aansprakelijkheid van toepassing is.

---

<sup>128</sup> Art 2:216 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.



## Hoofdstuk 5

### Uniformeren van de uitkeringstest

---

#### 5.1 Inleiding

De WFJ heeft in het advies aan de wetgever een stappenplan inzake de uitkeringstest voorgelegd. Dit stappenplan bestaat uit een balans- en uitkeringstest. De balansstest zal in dit hoofdstuk niet uitgebreid worden beschreven. Hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 3.3. De balansstest is een vaste regeling in de wet. De bv kan daar geen eigen invulling aan geven. De uitkeringstest daarentegen kent meer vrijheid om er een eigen invulling aan te geven. De wetgever stelt geen formele eisen aan het uitvoeren van de uitkeringstest. Hoe de wetgever de uitkeringstest formuleert is beschreven in paragraaf 3.3. In dit hoofdstuk wordt hier daarom niet meer op ingegaan. Aan de hand van de notitie uitkeringstest wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 5 november 2008 wordt het stappenplan van de WFJ beschreven.<sup>129</sup> Vervolgens wordt aan de hand van NBA alert 29 beschreven hoe de NBA invulling geeft aan de uitkeringstest.<sup>130</sup> Tot slot wordt beschreven hoe HK&G invulling geeft aan de uitkeringstest. De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt: Hoe wordt de uitkeringstest in de praktijk vormgegeven?

#### 5.2 Stappenplan uitkeringstest

De Werkgroep Fiscaal Jaarrapport heeft voorgesteld de uitkeringstest te laten bestaan uit twee stappen, te weten de continuïteitsveronderstelling en een indicatie van het maximaal uit te keren dividend. Daarnaast moet rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van een bv. De bestuurders en aandeelhouders zijn verantwoordelijk voor het bepalen van de precieze omvang van de uitkering. De twee stappen welke de WFJ heeft voorgesteld betreffen slechts een indicatie. Het bestuur dient zelf nadere invulling te geven aan de uitkeringstest. Zoals is beschreven zal de uitkeringstest zich veelal strekken over het komende jaar. Niet uitgesloten is dat het bestuur ook buiten dit jaar om naar aspecten moet kijken welke van invloed kunnen zijn op de continuïteit, liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit van de bv. De twee stappen zijn:

1. Zijn er bedreigingen ten aanzien van de continuïteit en de continuïteitsveronderstelling?

De WFJ ziet het opstellen van een continuïteitsanalyse als een kwalitatieve toets. Dit houdt in dat deze toets duidelijk geeft over de gesteldheid van de bv. De conclusie van discontinuïteit kan echter ook blijken uit toekomst berekeningen. Aldus kan het ook een kwantitatieve toets zijn. De continuïteit van een bv kan dus zowel op feiten en omstandigheden worden gebaseerd als op toekomstberekeningen.

Bij deze stap moet onderzocht worden of een dividenduitkering leidt tot twijfel over de continuïteitsveronderstelling. Er wordt een continuïteitsanalyse opgesteld. De continuïteitsveronderstelling is één van de grondbeginselen bij de opstelling van een financieel overzicht. Deze veronderstelling gaat er vanuit dat een onderneming wordt geacht haar activiteiten in de nabije toekomst voort te kunnen zetten. Het bestuur weegt hierbij alle relevante omstandigheden mee. Het bestuur beoordeelt of er feiten en omstandigheden zijn die aanleiding geven tot twijfel over de continuïteit van de onderneming. Hierbij gaat het bestuur na 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 bv in gevaar is, kan het raadzaam zijn om de vermogensopstelling uit de jaarrekening te actualiseren.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> De Kluiver e.a 2004.

<sup>130</sup> NBA 2013.

<sup>131</sup> Kamerstukken I 2011/12, 31058/32426, nr. E, p. 10.

Als de afgelopen jaren winstgevend waren en er zijn verder geen signalen die wijzen op een mogelijk continuïteitsprobleem, dan behoeft het bestuur de continuïteitsveronderstelling niet gedetailleerd te analyseren en kan worden doorgedaan met stap 2.

## 2. Wat is op grond van de liquiditeitspositie de maximale uitkeringsruimte?

Dit is een kwantitatieve toets. Deze toets ziet op het berekenen van de maximale uitkeringsruimte. Indien aan de continuïteitsveronderstelling van stap 1 wordt voldaan, kunnen de bestuurders bepalen wat op grond van de bestaande liquiditeitspositie de maximale uitkeringsruimte is. Belangrijke indicatoren voor de bepaling van de maximale uitkeringsruimte zijn:

- De Quick ratio. De Quick ratio wordt berekend door de voorraden van de vlottende activa te trekken en vervolgens dit bedrag te delen door de kortlopende schulden.
- De kasstroom uit operationele activiteiten. Dit zijn kwantitatieve indicatoren, die van geval tot geval zullen moeten worden beoordeeld.

Het bepalen van deze indicatoren gebeurt aan de hand van formules. Deze berekeningen bieden een aanknopingspunt voor het bepalen van de uitkeringsruimte.<sup>132</sup> Een bijkomend voordeel is dat de berekening nagenoeg ongevoelig is voor verschillen in waarderingsgrondslagen. De Quick ratio en de operationele kasstroom zijn volgens de WFJ 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. De WFJ heeft de stappen weergegeven in een stroomschema.<sup>133</sup>

Naast de twee stappen dient ook rekening te worden gehouden met onzekere factoren en toekomstverwachtingen zoals: investeringsverplichtingen, claims en aflossingsverplichtingen. Deze financiële indicatoren kunnen uit de boekhouding worden gegenereerd. Het bestuur en de aandeelhouders zijn verantwoordelijk voor het bepalen van de precieze hoogte van het dividend.

Volgens de WFJ heeft de gekozen uitwerking als voordeel dat deze nauw aansluit bij de dagelijkse praktijk van ondernemingen. Bovendien is de beoordeling van de liquiditeitspositie zo min mogelijk afhankelijk van de door de onderneming gekozen waarderingsmethode voor de jaarrekening. Door gebruik te maken van de fiscale waarderingsgrondslag blijkt bij veel ondernemingen een lager uitkeerbaar vermogen te ontstaan. Indien de ondernemingen de uitkering slechts op grond van de huidige balans test baseert, betekent dit dat het gekozen fiscale waarderingsstelsel negatieve invloed kan hebben op de uitkering. Dit in tegenstelling tot de uitkeringstest, die vrijwel geheel onafhankelijk is van de gekozen waarderingsgrondslag. Bijlage 1 bevat een nadere toelichting op de technische aspecten van de door de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport voorgestane uitwerking van de uitkeringstest.

---

<sup>132</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E,p. 10.

<sup>133</sup> Bijlage 3

### 5.3 Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants

De Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants is de organisatie die onder andere belast is met het bevorderen van de goede beroepsuitoefening van accountants. De NBA helpt accountants hun cruciale rol in de maatschappij te vervullen. De NBA schrijft alerts waarin aan accountants aanwijzingen worden gegeven over een specifiek onderdeel van de uitoefening van het accountantsberoep. Verwacht wordt dat de accountant kennisneemt van deze aanwijzingen en deze voor zover relevant voor zijn opdrachten meeneemt. Een accountant die de aanwijzingen niet toepast moet erop voorbereid zijn uit te kunnen leggen hoe niettemin is voldaan aan de verplichtingen, basisprincipes en essentiële werkzaamheden uit wet- en regelgeving, die nader zijn behandeld in deze aanwijzingen. De NBA heeft een alert geschreven waar in wordt gegaan op de wijze waarop (voorgesteld) dividend in de jaarrekening wordt verwerkt en wat de verantwoordelijkheid van de accountant in dat kader is. Het betreft hier alert 29, jaarrekening en de flex-bv wetgeving.<sup>134</sup>

De beoordeling en uitvoering van de uitkeringstest door de accountant is vergelijkbaar met de beoordeling en uitvoering van de continuïteit zoals die plaatsvindt in het kader van het opstellen of controleren van de jaarrekening. Voor de accountant betekent dit dat hij de uitkeringstest uitvoert of dat hij kennis moet nemen van de door het bestuur verrichte uitkeringstest. De accountant beoordeelt hierbij of de bv na de uitkering nog zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.<sup>135</sup> Voor het berekenen van de uitkeringstest is door de NBA een schema gemaakt. Dit schema wordt weergegeven in bijlage 2. De accountant gaat bij het uitvoeren van de opdracht na of de door het bestuur uitgevoerde uitkeringstest alle relevante informatie bevat, zoals aflossings- en andere contractuele verplichtingen.

Het bestuur kan de accountant ook verzoeken om dienstverlening bij vaststelling van de hoogte van de dividenduitkering. De NBA is van mening dat de accountant bij de aanvaarding van deze opdrachten de nodige zorgvuldigheid en terughoudendheid in acht dient te nemen omdat formele criteria ontbreken. De accountant beoordeelt de algehele financiële situatie van de onderneming (solvabiliteit, liquiditeit en rendement) en betreft hierbij de te verwachten toekomstige (kasstroom) prognoses alvorens aan te geven welk bedrag op een verantwoorde wijze als dividend zou kunnen worden uitgekeerd.<sup>136</sup>

De accountant is ook verantwoordelijk voor het samenstellen, beoordelen en/of controleren van een jaarrekening. Uitkeringen worden verwerkt in de jaarrekening. De NBA heeft een kader geschetst op welke wijze (voorgesteld) dividend in de jaarrekening kan worden verwerkt en wat de verantwoordelijkheden van de accountant zijn. Er zijn enkele aandachtspunten voor de accountant bij een dividendvoorstel in de jaarrekening.<sup>137</sup> De accountant dient, in het geval van een uitkering, vast te stellen dat er een balanstest en een uitkeringstest zijn uitgevoerd. Het bestuur van de bv is verantwoordelijk voor het testen van de toelaatbaarheid van uitkeringen aan aandeelhouders. De accountant heeft een verantwoordelijkheid inzake het betrekken van de voorgenomen uitkeringen in zijn continuïteitsbeoordeling bij het controleren en opstellen van de jaarrekening. Het is de verantwoordelijkheid van de accountant om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen.<sup>138</sup> Daarnaast dient de accountant het bestuur erop te wijzen dat het bestuur de balanstest en uitkeringstest moeten uitvoeren vlak voor daadwerkelijke dividenduitkeringen. Bij deze punten dient de accountant waakzaamheid in acht te nemen. Indien de accountant twijfelt over de rendabelheid van de bv na uitkering, dient hij te adviseren de uitkering niet te doen. Verder wijst de accountant het bestuur van de bv op het naleven van wet- en regelgeving vanuit zijn betrokkenheid bij de jaarrekening en vanuit zijn natuurlijke adviesfunctie.<sup>139</sup>

<sup>134</sup> NBA 2013.

<sup>135</sup> Handleiding Regelgeving Accountancy, standaard 570.

<sup>136</sup> NBA 2012.

<sup>137</sup> Franken 2009.

<sup>138</sup> Handleiding Regelgeving Accountancy, standaard 570 Continuïteit, alinea 12 en alinea 14.

<sup>139</sup> Handleiding Regelgeving Accountancy, Deskundigheid en zorgvuldigheid vanuit de VGC en standaard 250 alinea 5.

#### 5.4 Het uitvoeren van de uitkeringstest door HK&G

De wetgever, de WFJ en de NBA hebben een kader geschetst voor wat betreft de uitvoering van de uitkeringstest en wat de verantwoordelijkheden hierbij zijn. De wetgever en de NBA hebben geen vastomlijnd toetsingskader verstrekt. Er is gekozen voor een algemeen karakter dat aansluit bij reeds bestaande normen voor een behoorlijke taakvervulling voor het bestuur. De precieze toepassing van deze normen moet van geval tot geval worden bekeken. In deze paragraaf wordt ervan uitgegaan dat een bv HK&G vraagt om de uitkeringstest uit te voeren.

De heer Groen, accountant Bij HK&G en de heer De Neef, assistent accountant bij HK&G hebben een plan opgesteld voor de uitvoering van de uitkeringstest door HK&G. Zij volgen hierbij het kader van de wetgever, de WFJ en de NBA.

Voor het uitvoeren van de uitkeringstest sluit HK&G een duidelijke overeenkomst. Voordat tot een overeenkomst wordt gekomen voert HK&G de balanstest al uit. De balanstest wordt dus niet in de overeenkomst opgenomen. Er wordt geen overeenkomst aangegaan indien de balanstest een negatieve uitkomst heeft. De balanstest is een relatief eenvoudige test in vergelijking met de uitkeringstest. Dit is de eerste stap voor de bv naar het uitkeren van dividend. Indien zowel de uitkeringstest als de balanstest worden opgenomen in de overeenkomst en er wordt niet voldaan aan de vereisten van de balanstest, moet de ingewikkelde uitkeringstest dan nog worden uitgevoerd? Om deze onduidelijkheden te voorkomen bevat de overeenkomst slechts het uitvoeren van de uitkeringstest.

Indien het bestuur aanwijzingen heeft dat de continuïteit van de bv in gevaar is, wordt een opdracht voor het uitvoeren van de uitkeringstest door HK&G niet aangenomen. tot er duidelijkheid is inzake de continuïteit van de bv. Indien vóór het aangaan van de overeenkomst niet blijkt dat de continuïteit van de bv in gevaar is, zal HK&G de overeenkomst sluiten met haar cliënt en de uitkeringstest uitvoeren. De financiële positie van de bv is dus al vóór het sluiten van de overeenkomst geanalyseerd.

Indien er een overeenkomst is gesloten tussen HK&G en haar cliënt gaat HK&G van start met de uitkeringstest. HK&G volgt inzake de uitkeringstest het kader van de WFJ en de NBA, maar geeft hier een eigen invulling aan. Stap twee van de voorgestelde uitkeringstest van de WFJ bepaalt de maximale uitkeringsruimte. Het berekenen van de maximale uitkeringsruimte doet men volgens de WFJ aan de hand van de Quick ratio en de kasstroom uit operationele activiteiten. HK&G past hier een uitgebreidere berekening toe. De Quick ratio moet een waarde hebben van ongeveer 0,5 tot 1. Is de Quick ratio lager dan 0,5 dan kan een onderneming haar kortlopende schulden niet op korte termijn voldoen. Een gezonde waarde is minimaal 1. Wel moet rekening worden gehouden met de betalingstermijnen. Als de betalingstermijn van de debiteuren langer is dan die van crediteuren kan men bij een waarde van 1 toch in gevaar komen. Daarnaast baseert de Quick ratio zich alleen op het balansmoment en zegt het niets over de toekomstige kasstroom. De Quick ratio geeft dus geen duidelijkheid over de maximale uitkeringsruimte. Deze geeft alleen een indicatie of er überhaupt uitgekeerd kan worden. De operationele kasstroom daarentegen geeft wel inzicht in de maximale uitkeringsruimte. Het alleen richten op de kasstroom uit operationele activiteiten is echter onvoldoende. De kasstromen uit investerings- en financieringsactiviteiten zijn hierbij ook van belang. De kasstromen uit operationele-, investerings-, en financieringsactiviteiten zijn een aanwijzing bij de beoordeling van de financiële positie van een bv. Indien de financiële positie van de bv inzichtelijk is, kan een indicatie worden gegeven van het bedrag dat kan worden uitgekeerd.

HK&G sluit, met de eigen invulling van de uitkeringstest en het kader dat is opgesteld door de WFJ en de NBA, aan bij een checklist balanstest/uitkeringstest opgesteld door Extendum.<sup>140</sup> Extendum geeft ondersteuning en begeleiding aan accountantskantoren. De checklist van Extendum sluit aan bij het door de WFJ en de NBA gedefinieerde kader. Naast deze checklist raadt HK&G het actualiseren van de jaarrekening aan. Het continuïteitsbeginsel op basis waarvan de jaarrekening is opgesteld, heeft immers betrekking op het moment van vaststelling van de jaarrekening en meestal niet op het latere moment van uitkering. Het actualiseren van de jaarrekening vloeit echter niet voort uit het nieuwe bv-recht, maar geldt nu al op grond van de door de jurisprudentie ontwikkelde zorgvuldigheidsnormen voor bestuurders en aandeelhouders. Daarnaast worden de prognoses van het lopende kalenderjaar op maandelijkse afsluitingen van de administratie gebaseerd en vergeleken met de begroting. HK&G verricht de uitkeringstest zowel op het moment dat toestemming moet worden verleend door het bestuur om uit te keren, als op het moment van daadwerkelijke uitkering. Voor het bepalen van de solvabiliteit, liquiditeit en rentabiliteit ten behoeve van de uitkeringstest zal HK&G uitgaan van een balans op bedrijfseconomische grondslagen. De balans op fiscale grondslag is vaak conservatiever. Daarnaast sluit de uitkeringstest beter aan op de jaarrekening op bedrijfseconomische grondslagen. Het doel van de jaarrekening op bedrijfseconomische grondslagen is het verschaffen van inzicht in de financiële positie en de behaalde resultaten van de onderneming. Het doel van de jaarrekening op fiscale grondslagen is daarentegen het juist bepalen van de belastinglast.

Daarnaast raad HK&G aan om de uitkeringstest achter de notulen van de AVA over de uitkering te voegen. In deze notulen dient een verklaring van het bestuur te worden opgenomen dat de uitkerings- en -balanstest zijn uitgevoerd. Uit deze verklaring moet blijken dat de uitkering niet zal leiden tot een eigen vermogen kleiner dan de wettelijke en statutaire niet uitkeerbare reserves. Tevens blijkt uit de verklaring dat de bv, na uitkering van het dividend, kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Indien het geval zich voordoet dat de aandeelhouders ook bestuurders zijn van de bv, wordt aangeraden in de notulen ook te vermelden dat de aandeelhouders tevens aanwezig zijn in hun hoedanigheid van bestuurders. De bestuurders kunnen hun aansprakelijkheid beperken indien zij de AVA in de notulen mee laten tekenen voor de goedkeuring ten aanzien van de balans en uitkeringstest.<sup>141</sup>

## 5.5 Samenvatting

De WFJ gaat uit van twee stappen bij het beoordelen van de uitkeringstest. Stap 1 ziet toe op een continuïteitsveronderstelling en stap 2 ziet toe op de maximale uitkeringsruimte. De NBA is van mening dat de uitkeringstest vergelijkbaar is met de berekening die moet worden uitgevoerd bij het beoordelen van de continuïteit zoals die plaatsvindt in het kader van het opstellen of controleren van de jaarrekening. Hiermee volgt het NBA, stap 1 van de voorgestelde uitkeringstest van de WFJ. Over het vaststellen van de hoogte van de uitkeringstest wordt door de NBA aangesloten bij stap 2 van de WFJ. De NBA geeft enkele criteria die in acht moeten worden genomen bij het uitvoeren van de uitkeringstest. Concrete criteria worden door zowel de wetgever en de WFJ als de NBA niet gegeven. Een accountant die de aanwijzingen uit de gestelde kaders niet toepast moet erop voorbereid zijn om uit te kunnen leggen hoe niettemin is voldaan aan de verplichtingen, basisprincipes en essentiële werkzaamheden. HK&G voldoet aan zijn verplichtingen, basisprincipes en essentiële werkzaamheden door het kader van de WFJ en de NBA te volgen en deze zelf uit te breiden met extra berekeningen. Wat HK&G wil berekenen bij het uitvoeren van de uitkeringstest is in dit hoofdstuk gegeven. Hoe ze dit gaan berekenen wordt niet gegeven omdat dit buiten het juridisch kader van dit onderzoek valt.

---

<sup>140</sup> Bijlage 4.

<sup>141</sup> Bijlage 5.

## Hoofdstuk 6

**Conclusie**

---

**6.1 Inleiding**

Dit laatste hoofdstuk bevat de conclusies en aanbevelingen naar aanleiding van de bevindingen uit het onderzoek. De centrale vraag van dit hoofdstuk is tevens de centrale vraag van het onderzoek en luidt: Wat zijn de gevolgen voor Hulshof Kroonen en Groen met betrekking tot het adviseren van besloten vennootschappen inzake de uitkeringstest?

**6.2 De uitkeringstest**

Het doel van de wetgever bij het invoeren van de uitkeringstest was het aanscherpen van de crediteurenbescherming. De uitkeringstest houdt in dat het bestuur van een bv moet beoordelen of een bv na de uitkering nog kan blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Het lijkt voor de hand liggend, en het is ook in de literatuur en de parlementaire behandeling gesuggereerd dat het bestuur ten aanzien van dit besluit steun zal zoeken bij de accountant. De rol die de accountant kan, mag en wil vervullen bij de uitkeringstest leidt tot complexiteit. De complexiteit vloeit voort uit het feit dat de eis "kunnen voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden" onvoldoende is omljnd.

De WFJ en de NBA hebben wel een kader geschetst hoe de uitkeringstest zou moeten worden uitgevoerd, maar vermelden hierbij dat iedere situatie anders beoordeeld dient te worden. Het kader houdt in dat de accountant een stappenplan moet volgen en zorgvuldigheid en terughoudendheid in acht moet nemen bij het aanvaarden van een opdracht zoals hierboven vermeld. De minister stelt dat de accountant hieraan houvast kan ontlene. De aanknopingspunten zijn echter van zodanig algemene aard dat daaraan niet de door de minister gestelde houvast kan worden ontleend. Het is onduidelijk wanneer een accountant zorgvuldig en terughoudend handelt bij het uitvoeren van de uitkeringstest. Er is nog geen jurisprudentie over art.2:216 lid 3 BW en de aansprakelijkheid van de accountant, daarom blijft het geschetste kader voorlopig vaag. De invulling van de uitkeringstest en de bijbehorende begrippen uit art. 2:216 BW zullen, naar alle waarschijnlijkheid, in de jurisprudentie meer vorm krijgen. Daarnaast kan de NBA meer houvast bieden door het opstellen van een richtlijn. Het ontbreken van concrete criteria opgesteld door de wetgever, de NBA en/of de WFJ zorgen er nu voor dat het voor de accountant onduidelijk is wat de minimale werkzaamheden zijn inzake de uitkeringstest en hoe deze moeten worden gerapporteerd aan de cliënt.

Bij het aanvaarden van een opdracht wordt aangesloten bij het feit dat zorgvuldigheid en terughoudendheid twee belangrijke begrippen zijn inzake de uitkeringstest. Dit komt immers overeen met de algemene uitgangspunten inzake het sluiten van overeenkomsten. Dit heeft voor nu het gevolg dat het de accountant afgeraden wordt om een overeenkomst inzake het uitvoeren van een uitkeringstest te sluiten. Dit hangt samen met de integriteit van de accountant. De accountant beoefent zijn beroep adequaat en zorgvuldig, met inachtneming van zijn verantwoordelijkheden en de geldende regels. Door het ontbreken van een concrete wettelijke tekst en een richtlijn kan een accountant, met het oog op de integriteit, de cliënt geen zekerheid bieden inzake een beoordeling van de uitkeringstest, zonder zelf een risico op aansprakelijkheid te lopen. Indien HK&G weigert haar cliënten te adviseren inzake de uitkeringstest, kan dit een verlies van cliënten tot gevolg hebben. De wetgever heeft tekortgeschoten in het systeem van crediteurenbescherming door onvoldoende concrete criteria te formuleren inzake de uitkeringstest.

Maakt HK&G toch de keuze om bv's te adviseren inzake de uitkeringstest, dan moet worden aangesloten bij de zorgvuldigheid en terughoudendheid. Omdat dit vage begrippen zijn is het beoordelen van de uitkeringstest een intensief en duur proces. De uitkomst biedt maar een geringe zekerheid voor de cliënt. De accountant zal zich middels een overeenkomst moeten indekken tegen aansprakelijkheid. De cliënt zal zelf moeten afwegen of hij het uitvoeren van de uitkeringstest door de accountant de moeite waard vindt, gezien de kosten in relatie met de geringe zekerheid die de accountant verschaft.

### 6.3 Aanbevelingen voor HK&G

Vóór 1 oktober 2012 beoordeelde HK&G, op verzoek van de cliënt, of de onderneming in gevaar zou komen na het doen van een dividenduitkering door middel van de balanstest. Indien HK&G een goedkeurende verklaring gaf omtrent de jaarrekening waarin de winstbestemming of een voorstel daartoe is opgenomen en de jaarrekening wordt opgemaakt op basis van de continuïteitsveronderstelling, dan was daarmee gegeven dat de bv volgens HK&G kon voldoen aan de opeisbare schulden na dividenduitkering. Na 1 oktober 2012 is de reële verwachting dat bestuurders, ten einde enige zekerheid te verkrijgen voor de beantwoording van de vraag naar het verantwoord zijn van de uitkering, advies zullen (blijven) vragen aan hun accountant. De benadering van vóór 1 oktober is dan te simplistisch. Wil de bestuurder de uitkeringstest laten uitvoeren door HK&G dan moet HK&G bij het beoordelen van de uitkeringstest de volgende aanbevelingen in ieder geval in acht nemen. Deze aanbevelingen sluiten aan op de zorgvuldigheid en terughoudendheid die de accountant in acht moet nemen bij het uitvoeren van de uitkeringstest. Door het in acht nemen van de aanbevelingen beperkt de HK&G haar kans op aansprakelijkheid.

#### *Wet- en regelgeving*

HK&G wijst het bestuur van de bv op het naleven van de wet- en regelgeving. Hiervoor is een overzichtelijk document opgemaakt met de gevolgen van de uitkeringstest.<sup>142</sup>

#### *De rapportering*

De communicatie bij aanvaarding en uitvoering van de overeenkomst inzake de uitkeringstest dient te allen tijde schriftelijk te worden vastgelegd. De schriftelijke stukken van de communicatie worden ondertekend door HK&G en de cliënt.

#### *De overeenkomst*

De overeenkomst tot het uitvoeren van de uitkeringstest wordt door HK&G en de cliënt ondertekend. De overeenkomst bevat bepalingen welke de aansprakelijkheid van de accountant beperken. Deze bepalingen dienen binnen de grenzen van de Regelgeving Accountancy en de wet te blijven. Wat deze bepalingen inhouden is bekend bij HK&G. De balanstest wordt niet opgenomen in de overeenkomst omdat deze voorafgaand aan de overeenkomst al wordt uitgevoerd. HK&G sluit geen overeenkomst voor het uitvoeren van de uitkeringstest met de cliënt indien continuïteitsrisico's van de bv al voorzienbaar zijn. Continuïteitsrisico's blijken uit de beoordeling en uitvoering van de continuïteit zoals die plaatsvindt in het kader van het opstellen of controleren van de jaarrekening, en de mondelinge informatie die de cliënt HK&G verschaft.

---

<sup>142</sup> Bijlage 6.

### *Uivoeren van de uitkeringstest*

Voorop wordt gesteld dat het feit dat de uitkeringstest wordt uitgevoerd op basis van de beoordeling en uitvoering van de continuïteit zoals die plaatsvindt in het kader van het opstellen of controleren van de jaarrekening nog niet hoeft te betekenen dat de uitkeringstest positief wordt beoordeeld.

Het stappenplan van de WFJ en de NBA en het systeem van HK&G van vóór 1 oktober 2012 zijn te simplistisch. Dit neemt niet weg dat HK&G consequent gebruik moet maken van het stappenplan. Op het stappenplan wordt echter wel een eigen aanvulling gegeven. HK&G onderbouwt haar advies expliciet. Ter controle maakt HK&G gebruik van de checklist van Extendum. HK&G verricht de uitkeringstest op zowel het moment dat toestemming moet worden verleend door het bestuur om uit te keren, als op het moment van daadwerkelijke uitkering. Indien HK&G afwijkt van het kader dat is geschetst door de NBA en de WFJ dan zijn hier gegronde redenen voor en zullen deze redenen gemotiveerd worden.

HK&G raadt, in het kader van de bestuursaansprakelijkheid, aan om de uitkeringstest achter de notulen van de AVA inzake de uitkering te voegen. In de notulen wordt opgenomen dat het bestuur goedkeuring verleent voor het doen van een uitkering. Hiervoor heeft het bestuur een balans- en uitkeringstest uitgevoerd. Beide testen zijn positief beoordeeld. Zowel de AVA als het bestuur ondertekenen vervolgens deze notulen.

### *De statuten*

Het is van belang dat HK&G vroegtijdig de statuten van de bv bestudeert en in acht neemt. HK&G is gericht op de kleine ondernemingen. De statuten van deze kleine ondernemingen bevatten vaak geen gecompliceerde statutaire bepalingen welke afwijken van de wet. Desalniettemin kan het voorkomen dat de statuten afwijken van de standaardbepalingen die de wet geeft.

### *De jaarrekening*

De uitkeringstest heeft ook gevolgen voor het opstellen van de jaarrekening. Het bestuur kan in het kader van zijn aansprakelijkheid de accountant vragen een accountantsverklaring op te maken. Dit zal vaak een controleverklaring, beoordelingsverklaring of samenstellingverklaring zijn. De accountantsverklaring kan worden vormgegeven middels een jaarrekening. Indien een bv plannen heeft om dat jaar een uitkering te doen die geen continuïteitsrisico's oplevert, dan kan het uitkeringsvoorstel in de jaarrekening worden verwerkt. In dit geval wordt er een toelichting in de jaarrekening opgenomen. HK&G verschaft geen goedkeurende verklaring bij een jaarrekening waarin een uitkeringsvoorstel wordt opgenomen dat continuïteitsrisico's voor de bv op kan leveren. Indien er twijfel is omtrent de continuïteitsrisico's voor de bv dan adviseer ik HK&G de uitkering niet in de jaarrekening te verwerken. Indien de bv al een uitkering heeft gedaan op grond van de uitkeringstest en vervolgens HK&G vraagt om een verklaring op te maken, dan zal HK&G deze verklaring niet geven in het geval van continuïteitsrisico's.

Kortom: het adviseren inzake de uitkeringstest, waarbij tot op heden concrete criteria ontbreken, heeft als gevolg complexe contracten en daarmee hogere contractkosten. Een economisch verantwoord systeem van crediteurenbescherming dient in balans te zijn met de kosten en het nut. Indien HK&G besluit bv's toch te gaan adviseren inzake de uitkeringstest, dan moeten bovenstaande aanbevelingen in acht worden genomen. Deze aanbevelingen dragen bij aan een zorgvuldige en terughoudende behandeling van de uitkeringstest. Dit neemt niet weg dat de integriteit van HK&G op dit moment inhoudt dat ze slechts een beperkte zekerheid aan de cliënt kunnen geven. Indien HK&G zich niet aan de aanbevelingen houdt kan dit aansprakelijkheid tot gevolg hebben.



HK&G moet afwegen of ze het behouden van cliënten belangrijker vindt dan het risico op aansprakelijkheid. Naar mijn mening is het belangrijker om aansprakelijkheid te voorkomen. Aansprakelijkheid kan immers leiden tot negatieve publiciteit en uiteindelijk tot verlies van cliënten. Naarmate de tijd vordert zal de uitkeringstest meer vorm krijgen in jurisprudentie en in mogelijke richtlijnen. Dit zal HK&G meer houvast bieden inzake het adviseren naar aanleiding van de uitkeringstest. Indien er relevante informatie is verschenen omtrent concrete criteria inzake de uitkeringstest raad ik HK&G aan deze te onderzoeken. Na dit onderzoek kan HK&G haar cliënten mogelijk meer zekerheid bieden inzake de uitkeringstest.

## Evaluatie

---

Het verloop van het onderzoek is mij alles meegevallen. Ik had wat moeite met het opstellen van het onderzoeksplan, maar nadat ik de aanleiding voor het onderzoek en de probleemstelling had uitgeschreven, werd de richting die ik wilde inslaan helder. De kern van dit onderzoek is gedurende het onderzoek dan ook ongewijzigd gebleven: de gevolgen voor HK&G met betrekking tot het adviseren van bv inzake de uitkeringstest.

Ik ben wel van koers veranderd omdat ik er lopende het onderzoek achter kwam dat er al een kader was geschetst hoe de accountant een uitkeringstest moest gaan uitvoeren. Ik heb het kader wat is geschetst uiteengezet en mijn mening en een aanvulling erop gegeven. In eerste instantie was ik van plan zelf het hele kader uit te gaan werken. Ik heb het onderzoek dus breder moeten maken dan in eerste instantie voorgenomen was. Een complete uiteenzetting van de achtergrond van de uitkeringstest kon echt in geen enkel geval ontbreken. Het vormt de fundering voor een goed onderzoek en een onderbouwing van standpunten later in het onderzoek. Daar waar ik geen nader onderzoek heb gedaan, wordt dit aangegeven. Dit onderzoek is bedoeld om een compleet beeld te schetsen van de problematiek rondom de uitkeringstest. Er is een stuk geschiedenis in kaart gebracht, er zijn opvattingen van geleerden uiteengezet en de visie van de wetgever is beschreven. De informatie heb ik uit de kamerstukken en literatuur gehaald. Op enkele punten waren de kamerstukken en de literatuur nog onduidelijk. Door mijn collega's bij HK&G werden deze onduidelijkheden verheldert.

Het onderzoek is een bruikbaar verslag voor HK&G omdat het verslag uitmondt in een praktische en bruikbare conclusie. Om te voorkomen dat er misverstanden ontstaan over de reikwijdte van het onderzoek is in de conclusie het kader van het onderzoek nogmaals aan bod gekomen.

Tevreden kijk ik terug op dit onderzoek en de periode bij HK&G. Ter afronding van mijn afstudeerstage zal ik binnen HK&G een presentatie houden om de aanbevelingen welke worden afgeleid uit het onderzoeksrapport nader toe te lichten.

## Bronvermelding

---

### Literatuur

**Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009**

C. Asser, J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

**Assink 2007**

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Utrecht: Kluwer 2007.

**Barneveld 2009, 6791**

J. Barneveld, „PCM & private equity. Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen“, WPNR 2009/6791, p. 230-238.

**Barneveld 2009, 6809**

J. Barneveld, 'Flexibele regels inzake uitkeringen. Over doorbraak, restitutie & aansprakelijkheid', WPNR 2009/6809, p. 693-701.

**Barneveld 2012**

J. Barneveld, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en accountants vanwege uitkeringen onder een flexibel BV-recht', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming*, 2012.

**Boschma e.a. 2012**

Boschma en Schutte-Veenstra, 'tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek, Winstuitkering bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2 artikel 216 (bestemming van de winst)', 1-10-2012.

**Buijn e.a. 2005**

F.K. Buijn en P.M. Storm, *BV en NV*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Capelle 2010**

C. van Capelle, 'Nieuwe bv-wetgeving uitkeringstest', *De accountant* maart 2010.

**Dieleman 2012, nr. 19**

A. Dieleman, 'Uitkeringstoets vereist driedimensionale benadering van accountant', *Accountantscontrole* 2012, nr. 19.

**Dieleman 9 november 2012, nr. 20**

A. Dieleman, 'De uitkeringstoets voor dividenduitkeringen bestaat niet', *Accountantscontrole* 2012, nr. 20.

**Dieleman 11 november 2012, nr. 20**

A. Dieleman, 'Accountantsrol bij dividend uitkering krijgt formele status', *Accountantscontrole* 2012, nr. 20.

**Dieleman 2012, nr. 21**

A. Dieleman, 'Accountant moet op zijn tellen passen bij uitkeringstoets', *Accountantscontrole* 2012, nr. 21

**Franken 2009**

R. Franken, 'Jaarrekening in de flexibele bv', *Accountantscontrole* 2009, nr. 47

**Van den Ingh e.a. 2006**

F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht*, Deventer: Kluwer 2006.

**De Kluiver e.a. 2004**

H.J. de Kluiver, G.J.C. Rensen, J.A.M. ten Berg, M. Brink, P.J. Dortmund, G. van Solinge, A.J.S.M. Tervoort, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag 2004.

**De Kluiver 2006**

H.J. de Kluiver, 'Vermogensbescherming bij de BV; modernisering in internationaal perspectief', *W.P.N.R.* 2006/6676.

**Kock AA 2013**

C.L.J.M. Kock AA, Flex-BV: de gevolgen voor de accountant, *Fiscaal praktijkblad 2013*, nr. 1.

**Koster e.a. 2012**

H. Koster en J.L. van de Streek, 'De nieuwe uitkeringstest voor de besloten vennootschap in civiel en fiscaal perspectief', *W.P.N.R.*, 2012/6947.

**Lennarts e.a. 2009**

M.L. Lennarts en H.E. Boschma, 'Privaatrecht actueel, tweede nota van wijziging Flex-BV; een merkwaardige tournure van de wetgever', *W.P.N.R.*, 2009/6791.

**Meussen e.a. 2012**

G.T.K. Meussen, G.G.M. Snoeks, M.J. van Vliet en R.H.A. Franken, *Het nieuwe BV-recht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Maeijer e.a. 2008**

J.M.M. Maeijer, H.J. de Kluiver, D.F.M.M. Zaman, J.M. Blanco Fernandez, P.J. Dortmund, A.L. Mohr, J.H.M. Willems, M. van Olffen, *Flexibele rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2008.

**NBA 2012**

Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, 'Flex- BV', 3 oktober 2012.

**NBA 2013**

Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants, 'Jaarrekening en de Flex-BV wetgeving', NBA alert 29.

**Van Olffen e.a. 2012**

M. van Olffen, H.J. de Kluiver en M.H. Legein, *Flex-bv en Wet bestuur en toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Raaijmakers, 2010.**

J.H.P.M. Raaijmakers, *Bestuursaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010.

**Van Schilfgaarde 2005**

P. van Schilfgaarde, H. Schutte-Veenstra, P.J. Dortmund, L. Timmerman, B. Mezas, J.B. Wezeman en H.J. de Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse bv-recht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Schilfgaarde 2009**

P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

## **Schwarz 2012**

C.A. Schwarz, *Inleiding tot het nieuwe BV-recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

## **Werkgroep Fiscaal Jaarrapport 2008**

Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, 'Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', Het Nederlandse Taxonomie Project 2008

### Regelgeving en Parlementaire stukken

*Stb.* 2012, 299

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 2 (Voorstel van wet).

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 4 (Advies Raad van State en nader rapport).

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 5 (Verslag).

*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 7 (Nota van wijziging).

*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 8 (Tweede nota van wijziging).

*Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. B (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie).

*Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. C (Memorie van antwoord).

*Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. D (Nadere voorlopig verslag).

*Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, nr. E (Nadere memorie van antwoord).

### Jurisprudentie

#### **Hoge Raad der Nederlanden**

HR 9 mei 1986 *NJ* 1986, 792 (Keulen-BLG)

HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (Wijsmullert).

HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel).

HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990/308 (Ellem).

HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox).

HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (Reinders/Didam).

#### **Gerechtshoven**

Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999 *JOR* 2000/93 (Panmo)