

voor de verkrijging van niet-ondernemingsvermogen. Hiermee zou immers een nieuwe ongelijkheid ontstaan. Nu de belanghebbenden bij de nationale rechter geen gehoor hebben gevonden, kunnen zij hun zaak nog voorleggen aan het Hof in Straatsburg en hierbij zelfs een billijke genoegdoening verzoeken (art. 41 EHRM). De uitspraken van het EHRM zijn bindend. Gezien de jurisprudentie van het EHRM, zoals Della Cija/Italië⁵³ en het in het onderhavige arrest genoemde Burden/Verenigd Koninkrijk,⁵⁴ is geen positieve uitkomst te verwachten voor de belanghebbenden. Niet alleen in Nederland, maar ook in Duitsland hebben belastingplichtigen aangevoerd dat de Duitse

bedrijfsopvolgingsregeling voor de heffing van *Erbschaftsteuer* in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Deze vraag ligt nu bij de hoogste Duitse rechter (*Bundesverfassungsgericht* in Karlsruhe).⁵⁵ De uitkomst wordt begin 2014 verwacht en heeft natuurlijk geen direct gevolg voor de Nederlandse praktijk, maar kan eventueel wel van invloed zijn op de politiek of de Nederlandse rechtspraak.

Mr. T.C. Hoogwout

Verbonden aan het Fiscaal Economische Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam en GREENILLE te Rotterdam, hoogwout@ese.eur.nl

⁵³ EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, BNB 2002/398.

⁵⁴ EHRM 29 april 2008, nr. 13378/05 (Burden tegen het Verenigd Koninkrijk), EHRC 2008/80, AB 2008/213.

⁵⁵ Het *Bundesfinanzhof* heeft deze vraag voorgelegd (BFH-Beschluss van 27 september 2012, II R 9/11).

3. De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 1)

Ruim een jaar is alweer verstreken na de inwerkingtreding op 1 oktober 2012 van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht¹ (hierna: Wet Flex-BV). Eerder in dit tijdschrift heb ik geschreven over de wijzigingen als gevolg van de invoering van de Wet Flex-BV.² In het onderhavige artikel wordt ingegaan op een aantal voor de praktijk van belang zijnde onderwerpen inzake de Wet Flex-BV waarover sindsdien in de literatuur en dagbladen, op websites en op LinkedIn is geschreven. In deze editie van *FTV* verschijnt deel 1 van dit artikel. Deel 2 zal verschijnen in het februarinummer van *FTV*.

In dit artikel ga ik in op de volgende onderwerpen:

1. Hoe wordt in de praktijk omgegaan met de (controle van de) volstortingsverplichting van de aandelen bij oprichting van de Flex-BV (par. 1).
2. Ik geef suggesties voor het uitwerken in besluiten en akten van statutenwijziging van het in een keer aan de aandeelhouder terugbetalen van het (ooit minimum) gestort kapitaal (par. 2).
3. Ook geef ik suggesties voor een bepaling in de statuten van eenpersoonsvennootschappen (dga's)

waarmee wordt voorkomen dat de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur voor uitkeringen overgaat naar de algemene vergadering in geval van tegenstrijdig belang. In verband hiermee doe ik een voorstel tot wijziging van art. 2:239 lid 6 BW (par. 3, 4 en 5).

1 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299. Uit een onderzoek van FIRM24 in samenwerking met Graydon en Universiteit Leiden is gebleken dat in de periode 1 oktober 2012 tot 30 september 2013 in totaal 61.979 bv's zijn opgericht, tegen 39.889 opgerichte bv's in het laatste jaar van het oude bv-recht, een stijging van 55% (www.firm24.com/blog/evaluatie-1-jaar-flex-bv).

2 Mr. W. Bosse, "De flex-bv (deel 1)", *FTV* 2012, nr. 13 en "De flex-bv (deel 2)", *FTV* 2012, nr. 18.

4. Ik behandel de (on)mogelijkheden van *incorporation by reference* en de statutaire *drag-along* regeling (par. 6).
5. Ik doe een voorstel voor het rechtsgeldig verwoorden in bv-statuten van stemrechtloze aandelen en neem het standpunt in dat er geen bezwaar zou zijn tegen buitenstatutaire conversie van (stemrechtloze) aandelen (par. 7).
6. Voor dga's speelt ook de kwestie van de automatische vaststelling van de jaarrekening. Moet de jaarrekening na elf maanden worden gepubliceerd of mag met het ondertekenen van de jaarrekening (en daarmee vaststellen) worden gewacht tot het einde van de dertienmaandentermijn (par. 8)?

7. Hoe moet worden omgegaan met oude, met name kapitaalbeschermings-, bepalingen in bv-statuten en hoe moet onder het huidige recht worden omgegaan met en geadviseerd over financiële steunverleningen door de bv aan aandelentransacties in haar kapitaal (art. 2:207c (oud) BW) (par. 9)?

1. Gestort kapitaal: controle(plicht?) notaris

Bekend is dat voor de Flex-BV geen minimumkapitaal van € 18.000 (meer) is vereist en dat kan worden volstaan met één aandeel van één euro of zelfs van één eurocent. Ten minste één aandeel met stemrecht moet worden gehouden door een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap (art. 2:175 lid 1 laatste zin BW).

Gehandhaafd is de eis dat in de akte van oprichting (gebruikelijk is om dat te doen in het slot van de akte) het geplaatste kapitaal en het gestorte gedeelte daarvan moeten worden vermeld (art. 2:178 lid 1 BW). De verplichting om ten minste een kwart van het geplaatst kapitaal vol te storten en de daaraan gekoppelde bestuurdersaansprakelijkheid zijn per 1 oktober 2012 vervallen. Bedongen kan worden dat het gehele nominale bedrag van de aandelen of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort nadat de vennootschap het heeft opgevraagd of na verloop van tijd (art. 2:191 BW).

Het standpunt van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) is dat de notaris niet hoeft te controleren of de storting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Wel geeft de KNB aan dat de notaris er wel verstandig aan doet om de comparant in de slotverklaring van de oprichtingsakte of uitgifteakte te laten verklaren dat de vereiste storting heeft plaatsgevonden en door de vennootschap is aanvaard. Als deze verklaring evident onwaar is, zal de notaris de oprichting weigeren.³

Hoe wordt in de notariële praktijk omgegaan met de storting van de aandelen in de oprichtingsakte? Daarvoor wordt door de (kandidaat-)notarissen verschillend beleid gevoerd. Zo vraagt de ene notaris voor de storting tot één euro geen bewijs, of hij vraagt de oprichter de euro te laten zien en laat de comparant in de akte verklaren dat het aandeel of de aandelen is/zijn volgestort. Andere (kandidaat-)notarissen durven dat niet aan en vragen de oprichter(s)/aandeelhouder(s) om die ene eurocent of euro over te

maken op zijn kwaliteitsrekening.⁴ Dit bedrag zal hij overmaken op de bankrekening op naam van de bv nadat die is geopend. Weer andere (kandidaat-) notarissen doen dit pas bij een stortingsplicht van honderd euro of meer. Alternatief is om de comparant te laten verklaren dat de aandelen of het aandeel binnen een maand na de oprichting van de vennootschap zal/zullen worden volgestort. Weer anderen geven daar geen termijn voor en laten de aandelen niet volgestort. Vlees noch vis is de bepaling die ik las in het slot van de oprichtingsakte van een notaris werkzaam bij een van de top tien (of top drie) kantoren. Die hield in:

“Het aandeel is volgestort, of zal onverwijld na de oprichting worden volgestort door betaling in contanten, door overboeking op een door de vennootschap aan te geven bankrekening of op andere tussen de vennootschap en de oprichter nader overeen te komen wijze. (...). Voor zover van toepassing, aanvaardt de vennootschap hierbij de storting op het geplaatste kapitaal.”

Hiermee wordt volgens mij niet voldaan aan het vereiste in art. 2:178 lid 1 BW dat de akte van oprichting het gestorte deel van het geplaatst kapitaal moet vermelden. Op LinkedIn wordt als oplossing voor het probleem dat er niet volgestorte aandelen zijn, voorgesteld om voorafgaand aan de oprichting door de oprichter namens zichzelf en namens de bv i.o. een zogenoemde volstortingsverklaring te laten tekenen. Daarin wordt vastgelegd dat de storting in contanten op de aandelen die de oprichter zal verkrijgen, heeft plaatsgevonden op het moment van oprichting, zodat in de akte kan worden verklaard dat de aandelen zijn volgestort.⁵

De tuchtrechter zal uiteindelijk moeten uitmaken welke van de hiervoor besproken methodes, of andere methode, zou moeten worden gevolgd.

Als in de oprichtingsakte wordt opgenomen dat de aandelen niet zijn volgestort, doet volgens de KNB de notaris er verstandig aan degene die het aandeel (de aandelen) neemt en de vennootschap te wijzen op de

3 KNB, Vragen en antwoorden nieuw bv-recht, 27092012, par. 8, p. 4. Het gaat mijns inziens te ver dat de notaris dan de oprichting moet weigeren. Hij moet weigeren om in de akte op te nemen dat de aandelen zijn volgestort en volstaan met te bepalen dat de aandelen niet zijn volgestort en daarbij de cliënt wijzen op de gevolgen van niet-volgestorte aandelen (zie hierna in deze paragraaf). Als de cliënt dat niet wil, dan zal de notaris de oprichting moeten weigeren.

4 Praktijk is dat banken geen bankrekening openen om naam van de bv voordat deze is opgericht. Het is daarom niet mogelijk om het geld op een bankrekening ten name van de bv i.o. over te maken. En al is het mogelijk, dan houdt dit de oprichting onnodig op. In het algemeen duurt het openen van een bankrekening voor of na oprichting van een bv twee weken.

5 Zie op LinkedIn, KNB, de discussie die is gestart onder de titel: “Flex-BV Bloopers, voorkomen is beter dan genezen VII – Geen rol meer voor de notaris bij volstorting, is daar de kous mee af?”, door Dirk de Lange, die aldaar ook een suggestie doet voor de tekst van een dergelijke verklaring (<http://lnkd.in/dQpGWgK>). De daarin geconstateerde en vast te leggen rechtshandelingen (betaling en aanvaarding) staan mijns inziens al in het slot van de oprichtingsakte onder vigeur van art. 2:203 lid 4 BW, waarbij de oprichters de bv verbinden voor het aanvaarden van storting op aandelen; daarom lijkt mij een dergelijke verklaring overbodig en biedt deze niet de oplossing voor het geconstateerde probleem.

gevolgen van niet of niet volledige storting.⁶ Die zin wordt afgesloten met de woorden: “(...) voor het geval hiervan in afwijking van voormelde verklaring sprake mocht zijn.” Met ‘voormelde verklaring’ wordt bedoeld de verklaring dat de aandelen zijn volgestort. Met die toevoeging zou de KNB kunnen bedoelen dat ondanks de verklaring dat de aandelen zijn volgestort, het toch zo kan zijn dat daarvan, achteraf, geen sprake is. Dat zou kunnen gebeuren in het geval dat het gestorte bedrag niet daadwerkelijk aan de vennootschap ter beschikking is gesteld. De hierover onder het oude recht gewezen jurisprudentie blijft immers van toepassing.⁷ Dan zou de verplichting om te wijzen op de gevolgen van niet volgestorte aandelen er in beide gevallen zijn, dus zowel wanneer de aandelen niet zijn volgestort als wanneer de aandelen wel zijn volgestort, maar waarvan later kan blijken dat zij niet zijn volgestort. Het is raadzaam om in het dossier of in de akte melding te maken van het feit dat de notaris de oprichter-cliënt heeft gewezen op de gevolgen van niet volgestorte aandelen.

Een van die gevolgen is dat de gegevens die met betrekking tot niet volgestorte aandelen in het aandelhoudersregister van de bv worden vermeld, voor eenieder ter inzage zijn. Een afschrift of uittreksel van deze gegevens wordt ten hoogste tegen kostprijs verstrekt (art. 2:194 lid 5 BW). Een ander gevolg van niet volgestorte aandelen is dat na overdracht of toedeling van een niet volgestort aandeel ieder van de vorige aandeelhouders hoofdelijk jegens de vennootschap aansprakelijk blijft voor het daarop te storten bedrag (art. 2:199 BW). Een verkrijging door de vennootschap van niet volgestorte aandelen in haar kapitaal is nietig (art. 2:207 BW). De vereffenaar en, in geval van faillissement, de curator kan tot uitschrijving en inning van alle nog niet gedane verplichte stortingen op aandelen overgaan (art. 2:193 BW). Voorts gaat elk niet volgestort aandeel in haar kapitaal dat de vennootschap onder algemene titel heeft verkregen en niet binnen drie jaren daarna heeft vervreemd of ingetrokken, op het einde van de laatste dag van die drie jaren van rechtswege over op de gezamenlijke bestuurders. Iedere bestuurder is hoofdelijk verbonden voor de vergoeding aan de vennootschap van de

waarde van het aandeel ten tijde van verkrijging, met de wettelijke rente van dat tijdstip af (art. 2:207a lid 3 in samenhang met lid 2 BW). Voor de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) telt alleen het daadwerkelijk op aandelen gestorte kapitaal mee. Zolang de aandelen niet zijn volgestort, tellen deze aandelen niet mee bij de 5%-eis.⁸ Ook voor de eis voor het aangaan van een fiscale eenheid in de zin van art. 15 Wet VPB 1969, dat de moedermaatschappij juridische en economische eigendom heeft van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij, telt alleen het daadwerkelijk op aandelen gestorte kapitaal mee.

2. Het gehele gestorte kapitaal in een keer terugbetalen

Vanwege de afschaffing van het verplichte minimumkapitaal ad € 18.000 ontvangen veel notariskantoren het verzoek dit bedrag door de vennootschap aan de aandeelhouder terug te laten betalen. Een mogelijkheid om de terugbetaling van gestort kapitaal voor de inkomstenbelasting onbelast te laten verlopen is via de kapitaalverminderingprocedure, waarbij het nominale bedrag van de aandelen wordt verminderd tegen terugbetaling van het daarop gestorte bedrag.^{9,10} Veelal zal het de wens van de aandeelhouder zijn zo veel mogelijk kapitaal uit de bv te halen. Het geplaatste en gestorte kapitaal van € 18.000 zal daarvoor moeten worden verminderd tot één euro of zelfs één eurocent. Het minimum is één aandeel met stemrecht (art. 2:175 lid 1 laatste zin BW). De terugbetaling zal plaatsvinden in contanten of tegen verrekening met de vorde- ring in rekening-courant van de vennootschap op de aandeelhouder voor hetzelfde bedrag. Een methode om dit te bereiken is om bij statutenwijziging eerst het nominale bedrag van de aandelen te verhogen naar € 18.000 (Statutenwijziging I), waarbij alle uitgegeven aandelen worden omgezet in een aandeel van € 18.000. Vervolgens wordt bij statutenwijziging het nominale bedrag van dit aandeel gewijzigd in een euro respectievelijk een eurocent (Statutenwijziging II), waarbij het ene aandeel van € 18.000 wordt omgezet in een aandeel van een euro respectievelijk een eurocent. Een complicerende factor daarbij kan zijn wanneer in ‘oude’ statuten nog wordt verwezen naar de verzets-

6 KNB, Vragen en antwoorden nieuw bv-recht, 27092012, par. 8, p. 4. Gegevens over houders van niet-volgestorte aandelen in een bv behoeven niet meer aan het handelsregister te worden opgegeven. Daartoe is art. 22 lid 1 van het Handelsregisterbesluit 2008 gewijzigd per 16 november 2012 (Besluit van 16 november 2012 houdende wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008 en het Financieel besluit handelsregister, *Stb.* 2012, 575).

7 Daarbij verwijst de wetgever naar HR 24 maart 2000, *NJ* 2000/354 (m.nt. Ma, WTN) en HR 11 juli 2003, *NJ* 2003/630 (*JOR* 2003, 193 m.nt. Groffen), Bas-C, zie hierover mr. W. Bosse, “Storting op aandelen; kan het kasronde nog?”, *JBN* 2003(11) 51. Zie ook mr. W. Bosse, “Storting op aandelen in het kapitaal van een BV; recente jurisprudentie en derde tranche flexibilisering BV-recht”, *JBN* 2006(10) 57. *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 26.

8 Zie hierover dr. J.L. van de Streek, “De deelnemingsvrijstelling en de regels voor het bijeenbrengen van kapitaal in een flex-BV”, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012-6, p. 201 e.v.

9 Art. 2:208 lid 4 BW.

10 Indien op de aandelen agio is gestort, zal de aandeelhouder ook dit voor de inkomstenbelasting onbelast aan zichzelf willen laten terugbetalen. Daarvoor zal het agio eerst moeten worden omgezet in aandelenkapitaal en zal daarna de kapitaalvermindering door middel van vermindering van de nominale waarde van de aandelen moeten plaatsvinden.

termijn van art. 2:209 (oud) BW van twee maanden, die voor de invoering van de Wet Flex-BV gold voor een kapitaalvermindingsprocedure. Om discussie te voorkomen of thans nog de statutaire verzetstermijn moet worden gevolgd, omdat deze wettelijk is komen te vervallen maar nog wel in de oude statuten staat (zie hierover paragraaf 10 Overgangsrecht en oude BV-statuten), luidt het advies om deze bepaling eerst uit de statuten te verwijderen. Dit kan gebeuren door de oude statuten geheel te vervangen door de nieuwe statuten van de Flex-BV. Ter uitvoering hiervan stel ik de volgende handwijze voor. In het aandeelhoudersbesluit wordt besloten tot:

1. wijziging van de statuten, inhoudende wijziging van de nominale waarde van de aandelen in € 18.000 en omzetting van alle uitstaande aandelen in één aandeel van € 18.000 (Statutenwijziging I);
2. onder opschortende voorwaarde van de hierna te noemen Statutenwijziging II, vermindering van het geplaatst kapitaal van de vennootschap door wijziging van het nominale bedrag van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap van € 18.000 in één eurocent tegen terugbetaling van het daarop gestorte bedrag ad € 17.999, ter keuze: in contanten of tegen vermindering/verrekening van de vordering in rekening-courant van de vennootschap op de aandeelhouder met hetzelfde bedrag;
3. wijziging van de gehele statuten van de vennootschap onder andere inhoudende wijziging van het nominale bedrag van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap van € 18.000 naar een euro respectievelijk een eurocent, waarbij ook de verzetstermijn voor kapitaalvermindering, indien vermeld, wordt verwijderd en waarbij het ene geplaatste aandeel van € 18.000 wordt omgezet in een aandeel van een eurocent (Statutenwijziging II),¹¹ waarna de akte van statutenwijziging met daarin opgenomen zowel Statutenwijziging I als Statutenwijziging II wordt gepasseerd.

Al eerder heb ik geschreven dat statuten in één akte tweemaal kunnen worden gewijzigd.¹² Zo kunnen zowel Statutenwijziging I als Statutenwijziging II in één akte worden opgenomen. Door het besluit tot

kapitaalvermindering te nemen onder de opschortende voorwaarde van Statutenwijziging II, welke een algehele statutenwijziging betreft waarbij de oude statuten worden vervangen door de nieuwe statuten van de Flex-BV en ter gelegenheid waarvan de eventueel in de oude statuten opgenomen verzetsstermijn van art. 2:209 (oud) BW wordt verwijderd, wordt voorkomen dat voorafgaand aan het aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering een akte van statutenwijziging moet worden gepasseerd om de verzetstermijn daaruit te verwijderen.

Alle rechtshandelingen waartoe in het aandeelhoudersbesluit is besloten, vallen met het tekenen van de akte houdende Statutenwijziging I en Statutenwijziging II in een ondeelbaar moment samen.¹³ Op het hiervoor genoemde aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering door wijziging van het nominale bedrag van de aandelen tegen terugbetaling, zijn op grond van art. 2:208 lid 6 BW de leden 2 tot en met 4 van art. 2:216 BW van toepassing. Dit houdt in dat het bestuur goedkeuring moet verlenen aan het aandeelhoudersbesluit en daarvoor een uitkeringstest moet uitvoeren. Hierover meer in de volgende paragraaf. Het is goed in de akte van statutenwijziging te constateren dat het bestuur de goedkeuring aan het aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering heeft verleend als bedoeld in art 2:208 lid 6 BW. Aan het goedkeuringsbesluit van het bestuur kan ook gerefereerd worden in het aandeelhoudersbesluit waarin wordt besloten tot kapitaalvermindering. Op grond van hetzelfde lid 6 wordt kapitaalvermindering tegen terugbetaling of ontheffing van de stortingsplicht slechts toegestaan, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden gehouden (vergelijk lid 1 van art. 2:216 BW). Behalve de uitkeringstest zal dus door het bestuur ook de balanstest moeten worden gedaan. Zie hierover ook de volgende paragraaf.

3. Goedkeuringsbesluit van het bestuur en de uitkeringstest

Op grond van art. 2:216 lid 2 BW mag het bestuur niet tot goedkeuring van het besluit van de algemene vergadering tot uitkering overgaan, 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. Dit

11 Het is ook mogelijk om de statuten ter gelegenheid van Statutenwijziging I, inclusief de verhoging van het nominale bedrag van de aandelen, algeheel te wijzigen en ter gelegenheid van Statutenwijziging II partieel, namelijk alleen de bepaling omtrent het nominale bedrag van de aandelen. Waar gemakkelijk een fout mee kan worden gemaakt, is dat de veranderingen van het nominale bedrag van de aandelen of het aandeel alleen in de slotbepaling worden geconstateerd zonder dat dit ook bij statutenwijziging gebeurt. Men vergeet dan dat de wijziging van het nominale bedrag van de aandelen alleen bij statutenwijziging kan plaatsvinden en, in dit geval, door twee statutenwijzigingen in één akte.

12 Mr. W. Bosse, "Kapitaalvermindering en eurowijziging in één akte", *JBN* 2002 (5), 38.

13 Voor de hiervoor genoemde eventuele uitgifte van aandelen ten behoeve van de omzetting van de agioreserve in aandelenkapitaal zou uit praktische overwegingen beter een aparte notariële akte houdende uitgifte van aandelen onder dezelfde opschortende voorwaarde kunnen worden opgemaakt vanwege de daarin op grond van art. 2:196 BW op te nemen gegevens. Deze kan op dezelfde dag doch voorafgaand aan de akte van statutenwijziging worden gepasseerd.

wordt de uitkeringstest genoemd. Het besluit tot goedkeuring kan ook impliciet blijken, doordat het bestuur feitelijk tot uitkering overgaat. De uitkerings-test moet worden gedaan op het moment van uitkering. Dit is vooral van belang indien de uitkering later plaatsvindt dan een eventueel eerder genomen goedkeuringsbesluit. Het goedkeuringsbesluit moet daarom worden genomen onder opschortende voorwaarde dat op het moment van uitkering is voldaan aan de uitkeringstest.¹⁴ Het advies is dat van die uitkeringstest expliciet moet blijken.¹⁵ Indien namelijk de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijze behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering (art. 2:216 lid 3 BW).¹⁶ Uit de formulering ‘redelijkerwijs behoort te voorzien’ volgt dat het oordeel van de bestuurders in de tijd zal zijn beperkt tot een redelijke periode vanaf de uitkering. 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 vennootschap over anderhalf jaar een grote som aan belastingschulden moet aflossen.¹⁷ Indien niet aan de uitkeringstest wordt voldaan, zijn de bestuurders op grond van lid 3 van art. 2:216 BW aansprakelijk voor het tekort, doch, volgens de minister, tot maximaal het uitgekeerde bedrag.¹⁸ De uitkeringstest moet niet alleen worden gedaan bij (tussentijdse) uitkering van winst of reserves, maar ook bij inkoop van aandelen anders dan om niet (art. 2:207 lid 2 BW) en bij vermindering van het geplaatst

kapitaal (art. 2:208 lid 6 BW).

Het in de vorige paragraaf genoemde aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering door wijziging van het nominale bedrag van de aandelen tegen terugbetaling van het op de aandelen gestorte bedrag behoeft dan ook de goedkeuring van het bestuur (art. 2:208 lid 6 BW jo. lid 2 van art. 2:216 BW).

In het goedkeuringsbesluit van het bestuur moet worden geconstateerd dat er geen wettelijke en statutaire reserves zijn, de zogenoemde balanstest (art. 2:208 lid 6 tweede zin BW). Indien niet aan de balanstest wordt voldaan, is het besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling nietig.¹⁹

Voorts dient het bestuur de hiervoor genoemde uitkeringstest uit te voeren.²⁰ Voor het uitvoeren van de uitkeringstest verwijst de minister naar de Notitie Uitkeringstest van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport van 5 november 2008.²¹ Volgens die notitie bestaat de uitkeringstest uit twee stappen, te weten de continuïteitsveronderstelling (kwalitatief) en een indicatie van het maximaal uit te keren dividend (kwantitatief).

Continuïteitsveronderstelling

“Indien blijkt dat de continuïteit van de onderneming (mogelijk) wordt bedreigd, zou er geen dividend mogen worden uitgekeerd. De continuïteitsveronderstelling betreft een kwalitatieve beoordeling waarbij de bestuurders alle relevante omstandigheden moeten meewegen. (...) De toets strekt zich in beginsel uit over een periode van ongeveer een jaar. Een periode van een jaar wordt in de (accountants)praktijk algemeen aanvaard voor het maken van prognoses.”

Bepalen uitkeringsruimte

Bestuurders kunnen op grond van de bestaande liquiditeitspositie bepalen wat de maximale uitkeringsruimte is. Dit gebeurt aan de hand van de financiële indicatoren, de quick ratio en de operationele kasstroom, die uit de boekhouding kunnen worden gegenereerd.

In bijlage 1 bij de Notitie Uitkeringstest worden beide stappen nader uitgewerkt.²²

14 *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058 en 32 426, E, p. 11.

15 Zie hierover mr. Y. Borrius, “Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.”, *Ondernemingsrecht* 2013/79, waarin op p. 405 voor het uitvoeren van de uitkeringstest een aantal praktische tips wordt gegeven en prof. mr. W.J.M. van Veen, “Controverses rond bestuurdersaansprakelijkheid”, *Ondernemingsrecht* 2013/80, p. 409.

16 Zie over de aansprakelijkheid van bestuurders onder andere prof. mr. dr. M.L. Lennarts, “Het nieuwe art. 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico”, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012-6, p. 185 e.v., mr. E.E.U. Vroom, “De positie van bestuurders bij uitkeringen door de Flex-BV”, in: mr. M. Holtzer, mr. A.E.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 200 e.v. Aldaar wordt ook besproken de (on)mogelijkheid om de bestuurder(s) ter zake te dechargeren. Zie over het laatstgenoemde onderwerp ook mr. J. Barneveld, “Dividend, ‘decharge & disculpatie’ – Reactie op ‘Dividend en decharge’ van mw. mr. J.E. Brink-van der Meer, prof. mr. J.B. Huizink en mr. P.A. Ledeboer”, *WPNR* (2011) 6874 en *WPNR* 2011, 6893.

17 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 70-72 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 10. Zie nader over de uitkerings-test de volgende paragraaf.

18 *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058 en 32 426, E, p. 16.

19 In dezelfde zin de minister met betrekking tot een besluit tot winstbestemming dat niet voldoet aan het vereiste in art. 2:216 lid 1 BW dat het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden gehouden (*Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058 en 32 426, C, p. 11-12).

20 Voor praktische tips voor het uitvoeren van de uitkeringstest zie mr. Y. Borrius, “Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.”, *Ondernemingsrecht* 2013, p. 403 e.v.

21 Opgenomen op p. 503 e.v. van mijn boek: *Flex BV, Tekst en Toelichting*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2012.

22 In de literatuur is kritisch op dit rapport gereageerd, zie prof. dr. mr. P.M. van der Zanden, “De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringsstoets van het BPT”, *WPNR* 2012-6933 en mr. P. van der Zanden en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden, “Financieel-economische aspecten van de flex-BV”, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012-6, p.

Te verwachten valt dat het bestuur bij het uitvoeren van de uitkeringstest zich zal laten bijstaan door zijn accountant. Uit het feit dat in de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport vooraanstaande accountantskantoren waren vertegenwoordigd, leidt de minister af dat accountants voldoende mogelijkheden zien voor een praktische uitvoering van de toets en bereid zijn daarover te adviseren. In de literatuur wordt gewaarschuwd voor de aansprakelijkheid van de accountant indien hij hierover adviseert in verband met de nasleep van het arrest Reinders Didam,²³ waarin het hof heeft geconstateerd dat de accountant die positief had geadviseerd voor een dividendbesluit dat kennelijk onbehoorlijk bestuur opleverde, tekort was geschoten in de nakoming van de overeengekomen werkzaamheden, zelfs indien die destijds zou hebben gewaarschuwd voor het risico van aansprakelijkheid van de bestuurders of nader juridisch advies zou hebben geadviseerd.²⁴ Hoe de accountant in de praktijk moet omgaan met het verzoek van het bestuur om assistentie te verlenen bij het doen van de uitkeringstest, staat in NBA Alert 29 'Jaarrekening en de Flex-BV wetgeving' versie 27 februari 2013 van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants.²⁵ Indien de bv, waarvan in het voorbeeld in de vorige paragraaf is uitgegaan, een stamrecht-bv zou zijn, is het verstandig dat in het bestuursbesluit waar wordt geconstateerd dat door de kapitaalvermindering met terugbetaling de betaling van de opeisbare schulden door de vennootschap niet in gevaar komt, tevens wordt geconstateerd dat daardoor de verplichtingen uit hoofde van de stamrechtovereenkomst niet in gevaar komen. Inzake de invoering van het nieuwe vennootschapsrecht per 1 oktober 2012 heeft de Belastingdienst namelijk bekendgemaakt dat indien door het terugbetalen van het aandelenkapitaal de vennootschap niet langer in staat is om het pensioen en/of stamrecht volledig uit te keren, er sprake is van een (gedeeltelijke) afkoop van pensioen of stamrecht. De volledige pensioen- en/of stamrechtenaanspraak wordt dan op grond van art. 19b Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) direct in de belastingheffing betrokken. Op grond van art. 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) wordt er bij de pensioen- en/of stamrechtgerechtigde bovendien revisierente in rekening gebracht.²⁶

4. Het goedkeuringsbesluit van het bestuur voor uitkeringen: kan/mag het belang van de vennootschap worden meegewogen?

Zoals in de vorige paragraaf is geschreven, mag op grond van art. 2:216 lid 2 BW het bestuur de goedkeuring van het besluit van de algemene vergadering tot het doen van uitkeringen slechts weigeren, 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. Hierover zegt de minister:

“Met het woord slechts 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 bestemming van de winst te onthouden.”²⁷

In de literatuur is aan de orde geweest de vraag of het bestuur de goedkeuring moet weigeren indien door de uitkering de vennootschap wel haar opeisbare schulden kan voldoen, maar de continuïteit van de vennootschap op langere termijn in gevaar komt. Voorbeelden daarvan zijn de situaties waarin door de uitkering de vennootschap een hogere rente moet gaan betalen, omdat zij door de met de bank afgesproken solvabiliteitsmarge zakt, werknemers moet ontslaan en/of meer bedrijfsonderdelen zal moeten verkopen of voorzienbaar is dat op termijn bepaalde voor het voortbestaan van de onderneming noodzakelijke investeringen niet meer kunnen worden gefinancierd.²⁸ Ook voor dit standpunt zijn argumenten in de parlementaire geschiedenis te vinden.²⁹ De meeste schrijvers menen dat het criterium van art. 2:216 lid 2 BW te beperkt is en dat het tot de taak van het bestuur behoort om te beoordelen of het belang van de vennootschap is gediend met een uitkering aan aandeelhouders.³⁰

Volgens de strikte leer mag het bestuur de goedkeuring niet weigeren, omdat dat *slechts* mag indien door

189 e.v.; daarmee eens is prof. mr. dr. M.L. Lennarts, t.a.p. (noot 16), p. 183-184.

23 HR 9 juli 2010, NJ 2010/194.

24 Zie de in noot 19 genoemde literatuur, alsmede mr. J. Barneveld, “Financiering van de Flex-BV en de aansprakelijkheid van derden”, in: mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 173.

25 www.nba.nl/Vaktechniek/Tools/Audit-alerts. Zie ook C.L.J.M. Kock AA, “Flex-BV: de gevolgen voor de accountant”, *Fiscaal Praktijkblad* 2013-1.

26 Belastingdienst 21 september 2012, nr. 12-008, *FBN* 2012(11), 70,

“Belastingdienst beantwoordt vragen over Flex-BV en pensioen in eigen beheer”.

27 *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058 en 32 426, C, p. 11.

28 Prof. mr. W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 15), p. 410. Andere voorbeelden geeft prof. mr. dr. M.L. Lennarts, t.a.p. (noot 16), p. 181 e.v.

29 Zie hierover prof. mr. dr. M.L. Lennarts, t.a.p. (noot 16), p. 181.

30 Lennarts noemt in noot 25 van haar artikel (zie noot 16): H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, J. Barneveld, A.E.C. de Savornin Lohman, W.J.M. van Veen en H. Beckman. Zie prof. mr. W.J.M. van Veen ook in zijn in noot 24 genoemd artikel op p. 411.

de uitkering de vennootschap haar opeisbare schulden niet kan voldoen. Als het bestuur de goedkeuring om andere redenen dan genoemd onthoudt, pleegt het bestuur onbehoorlijk bestuur, omdat dit in strijd is met de wet.³¹ Maar als het bestuur zijn goedkeuring niet onthoudt, omdat het daarvoor binnen art. 2:216 lid 2 BW niet de discretionaire bevoegdheid zou hebben, maar daardoor wel de continuïteit van de vennootschap op langere termijn in gevaar brengt, is er (ook) sprake van onbehoorlijk bestuur en kan het bestuur aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:9, 2:248 en/of 6:162 BW (onrechtmatige daad). Zoals Van Veen t.a.p. op p. 411 schrijft: de rechtspraak zal helderheid moeten verschaffen of het bestuur bij zijn beoordeling over het al dan niet onthouden van goedkeuring in de zin van art. 2:216 lid 2 BW, mag laten meewegen of het belang van de vennootschap (ik verwoord dat in de zin van de continuïteit van de onderneming op langere termijn) is gediend met een uitkering aan aandeelhouders.

Wat zou u de bestuurder adviseren in een dergelijke situatie?

Een mogelijkheid om dit dilemma op te lossen is om in de statuten aan het bestuur de bevoegdheid toe te kennen te besluiten tot het doen van reserveringen.³² Art. 2:216 lid 2 BW bepaalt namelijk dat de statuten de bevoegdheid van de algemene vergadering tot bestemming van de winst, dat houdt in: uitkeren en/of reserveren, kan beperken of toekennen aan een ander orgaan. Door statutenwijziging zou deze bevoegdheid aan het bestuur weer kunnen worden ontnomen door de algemene vergadering. Dit kan worden voorkomen door tevens in de statuten te bepalen dat wijziging van genoemde statutaire bepaling de goedkeuring behoeft van het bestuur. Het bestuur moet wel eerst de algemene vergadering zo ver krijgen om akkoord te gaan met het in de statuten opnemen van (een) genoemde bepaling(en), welke een belangrijke beperking van haar bevoegdheid inhoudt/inhouden. Het geeft het bestuur wel de mogelijkheid reserveringen te doen die noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming zonder dat het hiervoor geschets-te dilemma optreedt, dat om deze reden het bestuur niet de goedkeuring mag weigeren voor het uitkeringsbesluit van de algemene vergadering, maar anderzijds wel aansprakelijk kan zijn voor het doen van uitkeringen. Om het bestuur niet *carte blanche* te geven ook in andere gevallen winst te reserveren, kan in de statuten de bevoegdheid van het bestuur tot het

doen van reserveringen worden beperkt tot die reserveringen die naar het oordeel van het bestuur noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming van de vennootschap. Ook als die beperking niet in de statuten zou worden aangebracht, moet het besluit van het bestuur tot reservering voldoen aan de redelijkheid en billijkheid. Anders is dit besluit vernietigbaar op grond van art. 2:15 lid 1 sub b jo. art. 2:8 BW.³³

5. **Tegenstrijdig belang ten aanzien van het goedkeuringsbesluit van het bestuur voor uitkeringen; dga's opgepast**

Een vraag die vooral bij eenpersoonsvennootschappen (dga's) speelt, is of het bestuur een tegenstrijdig belang kan hebben bij het besluit tot goedkeuring. Door sommigen wordt gesteld dat de bestuurder van een eenpersoonsvennootschap (de dga) een tegenstrijdig belang heeft bij het nemen van het goedkeuringsbesluit voor de uitkering van dividend aan zichzelf als aandeelhouder. Daardoor belandt als gevolg van de nieuwe tegenstrijdig-belangregeling sedert 1 januari 2013 deze bevoegdheid bij de algemene vergadering (art. 2:239 lid 6 BW).³⁴

Anderen zijn van mening dat vanwege de beperkte discretionaire bevoegdheid van het bestuur bij het nemen van het goedkeuringsbesluit (door gebruik van het woord 'slechts', zie de voorgaande paragraaf) de bestuurder bij een eenpersoonsvennootschap (de dga) zijn eigen belang als aandeelhouder daarbij niet kan meewegen en dat er daarom geen sprake kan zijn van tegenstrijdig belang.³⁵

Volgens de wetgever is er sprake is van een tegenstrijdig belang wanneer een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft bij een besluit van de vennootschap en dat persoonlijk belang tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.³⁶ Naar mijn mening kan er wel sprake zijn van een tegenstrijdig belang, indien een bestuurder een dividend aan zichzelf als aandeelhouder goedkeurt. Hij kan daarbij zijn privébelang stellen boven het belang van de vennootschap en de daarbij betrokkenen (werknemers en crediteuren).

Indien mag/moet worden aangenomen dat er een tegenstrijdig belang kan zijn ten aanzien van het goedkeuringsbesluit van het bestuur voor het doen van uitkeringen, heeft dit bij alle dga's tot gevolg dat de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur voor uitkeringen met de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid, overgaat naar een ander orgaan, de algemene

31 Prof. mr. W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 15), p. 410-411.]

32 In statuten van beurs-nv's wordt veelvuldig gebruikgemaakt van de mogelijkheid om de bevoegdheid tot reservering aan een ander orgaan (meestal het bestuur) dan de algemene vergadering toe te kennen. In de statuten van KLM is dat de vergadering van prioriteitsaandelen, zie HR 12 juli 2013, *JOR* 2013, 301 m.nt. E.E.U. Vroom, en *NJ* 2013, 461 m.nt. P. van Schilfgaarde.

33 Zie het in de vorige noot genoemde arrest van de Hoge Raad.

34 Ilona Willemars, *Het Financieele Dagblad* 4 januari 2013.

35 Robert Franken en Ann Luys, *Het Financieele Dagblad* 29 januari 2013.

36 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 21.

vergadering, en moet de algemene vergadering het besluit nemen. Het gevaar hiervan is dat in de praktijk, vanwege onbekendheid met deze regeling, het goedkeuringsbesluit wordt genomen (of men laat dit nemen) door het bestuur in plaats van de algemene vergadering. Het goedkeuringsbesluit dat dan ten onrechte door het bestuur is genomen, is nietig en daarmee ook het uitkeringsbesluit van de algemene vergadering (art. 2:14 lid 1 BW), met als gevolg dat de (winst)uitkering(en) wegens ongerechtvaardigde verrijking (door de curator) kan/kunnen worden teruggevorderd. Op grond van lid 2 van laatstgenoemd wetsartikel kan het wel bevoegde orgaan, de algemene vergadering, het goedkeuringsbesluit bekrachtigen. In de leer dat er geen sprake van tegenstrijdig belang kan zijn, blijft de bevoegdheid tot het nemen van het goedkeuringsbesluit bij het bestuur. Om onzekerheid over het al dan niet overgaan van de goedkeuringsbevoegdheid uit te sluiten, kan (moet) in bv-statuten (en dan met name van eenpersoonsvennootschappen (dga's)) worden geregeld, dat de overgang van de bevoegdheid van het bestuur naar de raad van commissarissen en/of de algemene vergadering in geval van tegenstrijdig belang niet plaatsvindt bij bestuurs-

besluiten tot goedkeuring van uitkeringen en kapitaalvermindering en bij bestuursbesluiten tot inkoop van aandelen anders dan om niet. Deze mogelijkheid geeft de laatste zin van lid 6 van art. 2:239 BW: "tenzij de statuten anders bepalen".

Een reden dat deze bepaling in bv-statuten *moet* worden opgenomen is dat mijns inziens de door de nieuwe wet geïntroduceerde goedkeuringsbevoegdheid en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid bij het bestuur moeten blijven en dat de overgang van deze bevoegdheid naar de algemene vergadering niet past in het systeem van de Wet Flex-BV. Als de wetgever het daarmee eens is, moet in het in paragraaf 8 te bespreken wetsvoorstel (Veegwet) worden opgenomen dat art. 2:239 lid 6 BW wordt aangepast, in die zin dat daaraan wordt toegevoegd dat de daarin geregelde overgang van bevoegdheid niet geldt voor de hiervoor genoemde goedkeuringsbesluiten van het bestuur en besluiten van het bestuur tot inkoop van aandelen.

Mr. W. Bosse

Notaris te Amsterdam en secretaris van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschappen

4 Kan een stichting worden 'tussengeschoven' ter voorkoming van de aansprakelijkheid van de executeur voor de erfbelasting?

Ter gelegenheid van de wijziging van de Successiewet 1956 in 2010 hebben de Kamerleden Braakhuis en Bashir amendementen ingediend ter bestrijding van de zogenoemde Edelweissroute.¹ Dit zou volgens deze Kamerleden een constructie zijn waarmee door het gebruik van executeurs vermogen buiten de heffing van de erfbelasting wordt gehouden. Deze mogelijkheid kwam voort uit het feit dat erfgenamen niet altijd zelf aangifte hoefden te doen, omdat art. 72 lid 1 Successiewet 1956 (oud) voorschreef dat de aangifte moest worden gedaan door de executeur. Een buiten Nederland wonende executeur hoefde zich kennelijk niets aan te trekken van de regels die hier aan executeurs worden opgelegd.

Art. 16 lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) kende een navorderingstermijn van twaalf jaar. Na ommekomst van deze navorderingstermijn konden de erfgenamen alsnog door tussenkomst van de executeur toegang krijgen tot het verzwegen

vermogen zonder dat er ooit erfbelasting over was betaald.

Of de Edelweissroute ook daadwerkelijk bestaat, is niet bekend.² Desondanks hebben de ingediende amende-

¹ *Kamerstukken II 2010-2011, 32 505, nr. 10, 19 en nr. 22.*

² Om gebruik te kunnen maken van de Edelweissroute moet je immers als erflater veel vertrouwen hebben in een executeur die