Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.71240

File ID uvapub:71240
Filename 309709.pdf
Version final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):
Type article
Title Flexibele regels inzake uitkeringen: over doorbraak, restitutie & aansprakelijkheid
Author(s) J. Barneveld
Faculty FdR
Year 2009

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.309709

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-18)

OpMaat_voor het Notariaat » Help Gebruiker: uva (netwerk) » Sluiten

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	140
Publicatiedatum	22-08-2009
Afleveringnummer	6809
Titel	Flexibele regels inzake uitkeringen
Auteurs	Mr. J. Barneveld, Junior Docent & Onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam. (j.barneveld@uva.nl)
Samenvatting	Voor het verdwijnen van de kapitaalbescherming in de flex-BV komt niets in de plaats. De voorgestelde aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders wegens ongeoorloofde uitkeringen blijkt zelfs beperkter dan uit het huidige normenkader voortvloeit.
Paginanummers	693-701
Rubriek	Artikel

WPNR 2009(6809)

Flexibele regels

inzake uitkeringen

Flexibele regels inzake uitkeringen

Over doorbraak, restitutie & aansprakelijkheid

1. Inleiding

Begin september 2009 vergadert de Tweede Kamer over het wetsvoorstel flex-BV[**noot:1**] Het is te verwachten dat het voorgestelde systeem van crediteurenbescherming een belangrijk punt op de agenda zal zijn. Art. 2:216 van het wetsvoorstel (hierna: WV) inzake de uitkering aan aandeelhouders dient de spil te worden van dit systeem. Het blijkt echter niet gemakkelijk om tot een breed gedragen regeling inzake uitkeringen te komen. De voorgestelde bepaling kent nu al een geschiedenis van kritiek en daaruit voortvloeiende aanpassingen.

Een belangrijk onderdeel van de herziening van het BVrecht is de afschaffing van het systeem van kapitaalbescherming. Het wetsvoorstel schrapt het minimum kapitaalvereiste en de kapitaalklem en verlaat aldus de aan het huidige BV-recht ten grondslag liggende gedachte dat het kapitaal dient ter bescherming van de vennootschapscrediteuren. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel stelt dat

> "de kapitaalbescherming wordt vervangen door een systeem dat uitgaat van aansprakelijkheid van de betrokken personen, indien door het verwijtbaar handelen van die personen de rechten van crediteuren van de vennootschap worden aangetast". (Curs. JB)[**noot:2**]

Er wordt derhalve de suggestie gewekt dat er sprake is van een 'ruil'.[**noot:3**] Bij nadere bestudering van het huidige en voorgestelde normenkader inzake uitkeringen, blijkt echter dat voor het verdwijnen van de kapitaalbescherming niets in de plaats komt. De gecodificeerde aansprakelijkheidsnorm ten aanzien van aandeelhouders blijkt beperkter dan de reeds in de rechtspraak geformuleerde normen. Daarnaast is in de tweede nota van wijziging de bestaande verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid van het bestuur bij uitkeringen zelfs aanzienlijk gereduceerd.

2. Positie van aandeelhouders

2.1. Huidig normenkader

2.1.1. Balanstest art. 2:216 BW & onrechtmatige daad

Art. 2:216 BW bepaalt dat de winst de aandeelhouders ten goede komt. In de statuten van de meeste vennootschappen is geregeld dat de AVA bij besluit kan beslissen over de bestemming van de winst: reserveren of uitkeren. Een besluit dat strekt tot uitkering van het kapitaal of van gebonden reserves is thans nietig wegens strijd met de wet. Aandeelhouders van de BV dienen een uitkering in strijd met de regels van kapitaalbescherming zoals geformuleerd in art. 2:216 BW derhalve terug te betalen op grond van onverschuldigde betaling. Voor deze restitutieverplichting is niet vereist dat de aandeelhouder wist dat de uitkering in strijd met art. 2:216 BW geschiedde.[**noot:4**]

Naast de wettelijke kapitaalbescherming zijn in de rechtspraak normen geformuleerd inzake de aansprakelijkheid van aandeelhouders wegens ongeoorloofde uitkeringen op grond van onrechtmatige daad. Het door uitoefening van het stemrecht bewerkstelligen van

een dividendbesluit op het moment dat de aandeelhouder ernstig rekening dient te houden met de benadeling van crediteuren is onrechtmatig, zo volgt uit de arresten inzake Nimox, Panmo en Keulen-BLG.[**noot:5**] Dat het uitkeringsbesluit op grond van de kapitaalbeschermingsregels geldig was, neemt deze onrechtmatigheid niet weg. In beginsel wordt deze onrechtmatigheid gegeven geacht wanneer ten gevolge van de uitkering

> "de reserves van de vennootschap in die mate verminderen dat een voortzetting van het bedrijf van de vennootschap in gevaar komt, waarbij mede de positie van de vennootschap in de markt en de ontwikkelingen in de branche waarin de vennootschap werkzaam is in aanmerking genomen moeten worden".[**noot:6**]

2.1.2. Doorbraak van aansprakelijkheid

In de juridische literatuur wordt de hierboven vermelde rechtspraak doorgaans beschouwd als een onderdeel van de jurisprudentie inzake de doorbraak van aansprakelijkheid.[**noot:7**] Bij een doorbraak van aansprakelijkheid wordt wegens bijzondere omstandigheden de in art. 2:175 BW neergelegde regel van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders doorbroken. Er wordt derhalve een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt van exclusieve aansprakelijkheid van de vennootschap-schuldenaar.[**noot:8**] Naast de (zeer zelden toegepaste) directe doorbraak van aansprakelijkheid, is in de rechtspraak sinds de jaren tachtig een leer van ***indirecte*** doorbraak van aansprakelijkheid ontwikkeld. Bij indirecte doorbraak wordt het handelen of nalaten van een aandeelhouder gekwalificeerd als onrechtmatige daad jegens één of meer crediteuren van de vennootschap. Het "voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid" wordt derhalve ***indirect*** terzijde gesteld; de aandeelhouder kan worden aangesproken voor de onbetaald gebleven vorderingen van de betreffende crediteuren op de vennootschap, al dan niet na een bepaalde peildatum ontstaan.[**noot:9**]

Maeijer onderscheidt twee vormen van indirecte doorbraak.[**noot:10**] In de eerste plaats de gevallen waarin de aandeelhouder ten onrechte een schijn van kredietwaardigheid van de dochter heeft gewekt of opgehouden.[**noot:11**] Hiervan is - kort gezegd - sprake indien een aandeelhouder een bepaalde mate van inzicht en feitelijke zeggenschap over het beleid van de dochter heeft en ten tijde van een bepaalde gedraging ***wist of behoorde te voorzien*** dat (nieuwe) schuldeisers zouden worden benadeeld door gebrek aan verhaal en niettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.

De tweede vorm van indirecte doorbraak betreft volgens Maeijer die waarin de moeder zich als aandeelhouder of crediteur een ongerechtvaardigde voorsprong verschaft ten aanzien van de overige crediteuren, ook wel door Timmerman de categorie van de ongeoorloofde vermogensonttrekkingen genoemd.[**noot:12**] In deze gevallen onttrekt de aandeelhouder - in zijn hoedanigheid van aandeelhouder of crediteur - vermogen aan de vennootschap, terwijl hij op dat moment ***ernstig rekening had moeten houden*** met de mogelijkheid van een tekort. Maeijer benadrukt dat de rechter hier werkt met een minder streng subjectief criterium dan bij de eerste vorm van doorbraak.[**noot:13**] Daarnaast speelt de mate van inzicht en zeggenschap van de aandeelhouder bij onttrekkingen een veel kleinere rol; enige vorm van concernverhouding is voor aansprakelijkheid derhalve geen vereiste.[**noot:14**]

2.1.3. Restitutie van ongeoorloofde vermogensonttrekking

Het is mijns inziens echter onjuist en verwarrend om de hiervoor aangeduide tweede categorie (de ongeoorloofde vermogensonttrekkingen) als een vorm van indirecte doorbraak aan te merken. Het verwijt aan de aandeelhouder is hier niet dat hij had moeten voorkomen dat na een bepaalde peildatum nog vorderingen op de vennootschap ontstonden. De aandeelhouder wordt verweten vermogen aan de vennootschap te hebben onttrokken op een moment waarop haar financiële positie dit niet toeliet. De in faillissement achtergestelde positie van de aandeelhouder werpt haar schaduw vooruit en derhalve dient de aandeelhouder zich onder bepaalde omstandigheden te onthouden van onttrekking. Indien hij onder deze omstandigheden toch heeft besloten over te gaan tot een vermogensonttrekking, dan kan hij worden aangesproken om hetgeen hij ongeoorloofd heeft onttrokken aan de vennootschap te restitueren. Indirecte doorbaak, oftewel aansprakelijkheid voor de vorderingen van de crediteuren op de vennootschap, is hier (in beginsel)[**noot:15**] helemaal niet aan de orde. Het betreft hier een restitutieverplichting.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat deze de 'onttrekkingsgevallen' reeds onderscheidt van de indirecte doorbraakcasus. Zoals Maeijer aangeeft, hanteert de Hoge Raad een lichter subjectief criterium bij onttrekkingen. De aandeelhouder kan sneller worden verplicht hetgeen hij ten onrechte heeft ontvangen te retourneren, dan dat deze kan worden aangesproken voor vorderingen op de vennootschap. Hiernaast blijkt uit de arresten inzake Nimox en Panmo dat de rechter restitutie hier de gepaste sanctie vindt. In deze arresten werd geoordeeld dat de vorderingen van de aandeelhouders uit hoofde van een (voorzienbaar) crediteuren benadelende dividenduitkering, in faillissement niet voor verificatie in aanmerking kwamen. Hierdoor werd de beperkte aansprakelijkheid niet indirect doorbroken, maar maakte de rechter de onttrekking de facto slechts ongedaan.

2.2. De voorgestelde regeling: codifcatie van de verkeerde norm

De positie van aandeelhouders bij ongeoorloofde uitkeringen wordt onder het voorgestelde BV-recht gewijzigd. Met het verdwijnen van de kapitaalbescherming vervalt (grotendeels)[**noot:16**] de mogelijkheid dat aandeelhouders op grond van onverschuldigde betaling kunnen worden aangesproken omdat een uitkering in strijd is met de balanstest. Het tweede lid van het voorgestelde art. 2:216 WV bepaalt dat degene die een uitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden jegens de vennootschap gehouden is tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering.

Het departement geeft te kennen met deze aansprakelijkheidsregeling voor aandeelhouders te willen aansluiten bij de in de rechtspraak geformuleerde normen en noemt daarbij de Nimox-zaak als voorbeeld.[**noot:17**] Het blijkt bij nadere bestudering echter de verkeerde onrechtmatige daads-norm te codificeren. Indien het departement beoogt de norm uit de Nimox-zaak vast te leggen, dan had het aan de aansprakelijkheid van aandeelhouders wegens een ongeoorloofde uitkering het 'lichte' subjectieve vereiste moeten verbinden dat deze ***ernstig rekening moesten houden*** met een tekort. Het ministerie heeft echter het zwaardere subjectieve vereiste opgenomen dat de Hoge Raad hanteert in de doorbraak-rechtspraak: aansprakelijk zijn aandeelhouders die ***wisten of behoorden te voorzien*** dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Aandeelhouders zullen dus eerder aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad, dan op basis van art. 2:216 WV.[**noot:18**]

Het risico bestaat dat de norm uit art. 2:216 WV de onrechtmatige daadsnorm bij vermogensonttrekkingen zal gaan inkleuren. De rechter zal mogelijk indien er geen sprake is van aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 WV niet snel geneigd zijn aan te nemen dat er wel sprake is van een onrechtmatige daad. De kans bestaat derhalve dat het subjectieve criterium voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wegens onttrekkingen zal opschuiven van 'ernstig rekening houden' naar 'weten of behoren te voorzien'. In dat geval zou de als compensatie voor het afschaffen van de kapitaalbescherming gepresenteerde aansprakelijkheidsregeling en passant de onrechtmatige daads-norm inperken.

De vraag rijst wat de toegevoegde waarde is van de codificatie van een onrechtmatige daadsnorm in boek 2, te meer nu de gecodificeerde 'bijzondere' norm minder snel tot aansprakelijkheid zal leiden dan de reeds bestaande 'algemene' norm. Deze vraag wordt extra prangend, indien men de mogelijkheid om een uitkering aan te tasten op grond van de actio pauliana in de analyse betrekt.

2.3. Verhouding art. 2:216 WV met pauliana

Een crediteuren benadelende uitkering kan onder bepaalde omstandigheden in faillissement door de curator worden aangetast op grond van de actio pauliana.[**noot:19**] In de juridische literatuur bestaat verschil van mening over de vraag waartegen de pauliana zich precies dient te richten: het uitkeringsbesluit of de betaalbaarstelling. Hoe dit ook zij, een aanzienlijk aantal auteurs is het er wél over eens dat de uitkering als geheel een onverplichte rechtshandeling betreft.

Een andere benadering vindt men bij Van Schilfgaarde. Hij heeft betoogd dat indien de AVA gebruik maakt van een bij statuten of wet geboden instructierecht om afdracht van middelen van de vennootschap te bevelen, deze rechtshandeling verplicht is verricht.[**noot:20**] Indien men deze gedachte volgt, zou ook uit het rechtsgeldige AVAbesluit tot uitkering volgen dat deze verplicht is betaald. Dortmond heeft daartegen echter - mijns inziens terecht - aangevoerd dat een instructie (en mijns inziens ook een uitkeringsbesluit) een interne zaak van organen van de vennootschap is.[**noot:21**] Bij de pauliana gaat het om de (on)verplichtheid in de relatie tussen de debiteur en diens wederpartij en een rechtsplicht in de interne verhoudingen van de debiteur - de plicht van het bestuur jegens de AVA - doet daar niet terzake. Ik zou derhalve menen dat een uitkering naar haar aard een onverplichte rechtshandeling betreft.

Een onverplichte uitkering kan op grond van art. 42 Fw door een buitengerechtelijke verklaring worden vernietigd, indien (het bestuur van) de vennootschap wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Bij een geslaagde vernietiging kan hetgeen aan de aandeelhouders is uitgekeerd als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd. Indien men met Winter,[**noot:22**] Lennarts[**noot:23**] en Wessels[**noot:24**] aanneemt dat een uitkering een rechtshandeling om niet betreft, is wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder geen vereiste voor de vernietiging.[**noot:25**] Bovendien wordt de curator aanzienlijk geholpen door art. 45 Fw, dat bepaalt dat indien de uitkering binnen een jaar voor het faillissement heeft plaatsgevonden, er vermoed wordt dat het bestuur wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van de uitkering zou zijn.

Hoe verhoudt nu de regeling in art. 2:216 WV zich tot de pauliana? Opvallend is dat de pauliana en de voorgestelde regeling elkanders spiegelbeeld vormen ten aanzien van de vraag bij ***wie*** wetenschap van mogelijke benadeling aangetoond dient te worden. Art. 2:216 WV vereist wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder; voor een geslaagd beroep op de pauliana dient wetenschap bij het bestuur bewezen te worden.

Mijns inziens zal het bestuur - het orgaan dat verantwoordelijk is voor het financiële beleid van de vennootschap - in de regel eerder verweten kunnen worden (al dan niet geobjectiveerde) wetenschap van de benadeling gehad te hebben, dan de doorgaans meer op afstand staande aandeelhouder. De pauliana zou aldus een aantrekkelijker middel kunnen zijn om uitkeringen ongedaan te maken, dan de onrechtmatige daad of het voorgestelde art. 2:216 WV. Daar komt nog eens bij dat indien de vennootschap binnen een jaar na de uitkering failleert de curator in beginsel slechts hoeft te stellen dat het bestuur wetenschap van benadeling had. Het zal voor de

aandeelhouder geen gemakkelijke opgave zijn dit bewijsvermoeden te weerleggen.

2.4. Een alternatieve richting?

Er dient te worden geconcludeerd dat de in art. 2:216 lid 2 WV voorgestelde norm inzake de aansprakelijkheid van aandeelhouders wegens ongeoorloofde uitkeringen, zeer beperkt is. In het licht van de hierboven uiteengezette overwegingen met betrekking tot de onrechtmatige daad en actio pauliana, blijkt de voorgestelde regeling niets voor het verdwijnen van de kapitaalbescherming in de plaats te stellen. Daarmee lijkt de voorgestelde regeling overbodig. Anderzijds verliezen de onrechtmatige daad en actio pauliana door de invoering van de flex-BV zeker niet hun bestaansrecht.

Indien men overigens daadwerkelijk een verdergaande aansprakelijkheid zou willen codificeren als compensatie voor het verdwijnen van de kapitaalbescherming, dan zou kunnen worden gedacht aan de introductie van bewijsvermoedens. Bijvoorbeeld: alle uitkeringen tot één of twee jaar voor faillissement dienen te worden gerestitueerd, tenzij de aandeelhouder kan aantonen dat hij ten tijde van die uitkering geen rekening diende te houden met een tekort. Indien men nog verder wil gaan, zal de norm uit de sfeer van de onrechtmatige daad getild moeten worden. In deze norm zou bijvoorbeeld minder het verwijtbare gedrag van de aandeelhouder en met name de vraag of er sprake is van een bepaalde mate van wetenschap centraal moeten staan, maar meer het ongewenste resultaat: de aandeelhouder heeft achteraf gezien ten onrechte iets verkregen dat niet aan hem toebehoort. Men beweegt dan van een onrechtmatige daads-norm richting een meer op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde gedachte.

3. Positie van bestuurders

3.1. Huidig normenkader

3.1.1. Rol bij uitkeringen

Hoewel in de regel de AVA besluit tot het uitkeren van dividend, is tevens het bestuur hierbij betrokken. Dit orgaan speelt doorgaans een rol bij de totstandkoming van de aan de uitkering ten grondslag liggende besluitvorming en stelt de uitkering namens de vennootschap betaalbaar. Het is naar huidig recht niet geheel duidelijk welke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheidsrisico's uit deze betrokkenheid voortvloeien.

3.1.2. Aansprakelijkheid jegens de vennootschap

Art. 2:9 BW verplicht een bestuurder tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak en kan onder omstandigheden de grondslag vormen voor diens aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Daarvoor is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt treft. [**noot:26**] Een uitkering die tot gevolg heeft dat de vennootschap niet meer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen, brengt haar mogelijk schade toe. Deze schade kan bijvoorbeeld bestaan uit het bedrag dat de vennootschap door die uitkering tekort komt om aan haar verplichtingen te voldoen, eventueel vermeerderd met daaruit voortvloeiende incasso- en proceskosten. Ook een uitkering die niet (direct) resulteert in betalingsmoeilijkheden kan in strijd zijn met het belang van de vennootschap. Bijvoorbeeld omdat de vennootschap na de uitkering werknemers moet ontslaan en deelnemingen moet afstoten, terwijl deze juist een strategie van basisverbreding beoogde. [**noot:27**] Vaststelling van de omvang van de schade zal in deze situatie een lastige opgave zijn.

Het is niet geheel duidelijk welke verplichting op het bestuur rust indien dit meent dat de AVA heeft besloten tot een uitkering die in strijd is met het belang van de vennootschap. Dient het de AVA te waarschuwen? En indien de AVA de uitkering ondanks de waarschuwing wil doorzetten, is het bestuur dan verplicht hieraan mee te werken of dient dit juist de betaalbaarstelling daarvan te blokkeren?

3.1.3. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Uit de zaak Reinders-Didam blijkt dat het meewerken aan een uitkering onder bepaalde omstandigheden kwalificeert als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 BW.[**noot:28**] In deze zaak overwoog het hof dat de bestuurder - die tevens enig aandeelhouder was - met haar medewerking aan de onttrekking van risicodragend vermogen aan de (dochter)vennootschap

> "die niet of nauwelijks zelfstandig zekerheden aan een financier kon bieden en wier liquiditeit al steeds bijzonder krap bleek, de vennootschap prijs gaf aan de kort nadien daadwerkelijk in de vorm van faillissement opgetreden discontinuïteit".

Art. 2:248 BW biedt de curator derhalve onder bijzondere omstandigheden de mogelijkheid bestuurders wegens hun medewerking aan een benadelende uitkering aan te spreken voor het boedeltekort. Daarvoor is wel vereist dat deze medewerking kwalificeert als onbehoorlijk bestuur; geen redelijk denkend bestuurder zou onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld hebben. Het moet gaan om opzet, grove schuld of aan opzet grenzende nalatigheid.[**noot:29**] Mijns inziens is voor kennelijk onbehoorlijk bestuur derhalve meer nodig dan 'slechts' de medewerking aan een uitkering in de wetenschap dat deze een tekort zal veroorzaken.[**noot:30**] Overigens is voor een succesvol beroep op art. 2:248 BW tevens vereist dat de uitkering een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

3.1.4. Selectieve betaling

Uit een aanzienlijke hoeveelheid rechterlijke uitspraken blijkt dat bestuurders door crediteuren (en mogelijk door de curator)[**noot:31**] op

grond van art. 6:162 BW kunnen worden aangesproken indien een door hen verrichte betaling kwalificeert als een onrechtmatige selectieve betaling.[**noot:32**] Als een vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert, dient haar bestuur vanaf een bepaald moment de rangorde van schuldeisers te respecteren door bij de besteding van de baten rekening te houden met de (voor)rechten van de vennootschapscrediteuren. Het staat de vennootschap dan niet vrij om crediteuren te voldoen met voorrang boven andere crediteuren. In de rechtspraak en literatuur bestaat allerminst consensus over de vraag wanneer een bestuurder precies aansprakelijk is wegens een onrechtmatige selectieve betaling.[**noot:33**] Wél is duidelijk dat voor aansprakelijkheid van bestuurders wegens een selectieve betaling sprake moet zijn van een persoonlijk ernstig verwijt aan de bestuurder.[**noot:34**] Daarvoor is nodig dat de bestuurder nauw bij de betaling betrokken is geweest.

Het is de vraag of de betaalbaarstelling van een dividend een onrechtmatige selectieve betaling door de bestuurders kan inhouden. Enerzijds is verdedigbaar dat op het moment dat een bestuurder een uitkering betaalbaar stelt die wegens strijd met de hierboven besproken normen van de aandeelhouder kan worden teruggevorderd, de vennootschap en haar crediteuren in beginsel geen schade lijden. Voor het ten onrechte uitgekeerde bedrag krijgt de vennootschap immers een vordering op de aandeelhouder. Deze stelling gaat echter voorbij aan het feit dat de aandeelhouder niet altijd tot het terugbetalen van de uitkering kan worden aangesproken, bijvoorbeeld omdat deze niet aan het daarvoor vereiste subjectieve criterium voldoet. Daarnaast zal het verhaal op de aandeelhouder die wél kan worden aangesproken wegens praktische omstandigheden niet altijd slagen. In deze gevallen lijdt de vennootschap (en derhalve diens crediteuren) wel degelijk schade.

Uit de rechtspraak blijkt dat het leerstuk van selectieve betaling beoogt te voorkomen dat het bestuur van de vennootschap vlak voor faillissement betalingen verricht die er toe strekken bij de vennootschap betrokken (rechts)personen voorrang te verschaffen. Mijns inziens draagt de betaalbaarstelling van een dividend dit risico in zich. Het is derhalve goed mogelijk, dat een bestuurder op grond van art. 6:162 BW kan worden aangesproken, indien deze na een bepaalde peildatum een dividend betaalbaar stelt in de wetenschap dat dit zal leiden tot de benadeling van crediteuren.

3.2. De voorgestelde regeling

Aanvankelijk introduceerde art. 2:216 WV een bevoegdheid voor het bestuur om goedkeuring te verlenen aan een uitkering. Zonder deze goedkeuring had een uitkeringsbesluit van de AVA geen gevolgen. Het bestuur diende de goedkeuring te weigeren indien het wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien de vennootschap na een uitkering niet kon voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, waren de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te weten jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort door de uitkering ontstaan, zo bepaalde lid 3 van art. 2:216 WV.

In de recent verschenen tweede nota van wijziging is deze goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en de daarmee verbonden aansprakelijkheidsregeling geschrapt.[**noot:35**] In het bedrijfsleven bestond angst voor te grote aansprakelijkheidsrisico's van bestuurders.[**noot:36**] Het departement geeft aan voor de aansprakelijkheid van bestuurders wegens ongeoorloofde uitkeringen terug te vallen op de regels van art. 2:9 en 2:248 BW. Bestuurders dienen indien zij (behoren te) weten dat de vennootschap door een uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, in het kader van hun raadgevende stem de AVA te waarschuwen. Indien deze desondanks de uitkering doorzet, hebben de bestuurders hun taak behoorlijk vervuld en is aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW niet meer mogelijk, aldus de toelichting.

3.3. Bezwaren tegen de thans voorgestelde regeling

3.3.1. Onderzoek bij uitkering blijft nodig

Tegen de regeling zoals deze na de tweede nota van wijziging voorligt, kan een aantal bezwaren worden aangevoerd.[**noot:37**] Ten eerste lost het schrappen van de wettelijke goedkeuringsbevoegdheid een belangrijk bezwaar dat door het bedrijfsleven tegen de oorspronkelijke regeling is geuit, niet op. Er is aangevoerd dat het voor het bestuur lastig te bepalen is hoe het de uitkeringstoets nu precies dient toe te passen.[**noot:38**] Op basis van welke cijfers en welke exacte berekeningen dient het bestuur de uitkeerbare ruimte vast te stellen? In hoeverre dient extern advies te worden ingewonnen? Echter ook naar de huidige regeling zullen bestuurders de uitkering moeten onderzoeken en derhalve een bepaalde toets moeten toepassen. De toelichting vermeldt immers expliciet dat bestuurders die de uitkering niet onderzoeken en verzuimen te waarschuwen zeer waarschijnlijk kunnen worden aangesproken op grond van art. 2:9 en 2:248 BW.

3.3.2. Goedkeuringsbevoegdheid en instructierecht

In de toelichting bij de tweede nota van wijziging is voor het schrappen van de goedkeuringsbevoegdheid als argument aangevoerd dat deze zich slecht verhield met "het uitgangspunt in het Nederlandse vennootschapsrecht dat de AVA besluit over uitkeringen" en met het in art. 2:239 lid 3 WV voorgestelde instructierecht. Dit houdt in dat de statuten kunnen bepalen dat een orgaan van de vennootschap - zoals bijvoorbeeld de AVA - aanwijzingen kan geven aan het bestuur. Het departement wekt met deze overweging de indruk dat het bestuur na het geven van een waarschuwing verplicht is het uitkeringsbesluit van de AVA uit te voeren.

Dit punt raakt mijns inziens aan de kern van de zaak. Aan het institutionele karakter van het Nederlandse vennootschapsrecht is een natuurlijke spanning tussen het bestuur en de AVA inherent. Het bestuur wordt geacht het vennootschappelijk belang te behartigen terwijl de aandeelhouders in beginsel het eigen belang voorop mogen stellen. De vraag is of het bestuur bij de medewerking aan of uitvoering van een instructie of besluit van de AVA, geacht wordt een eigen afweging te maken of dat uit de expliciete toekenning van de bevoegdheid aan de AVA volgt dat voor een beoordelingsvrijheid van het bestuur geen plaats meer is. Mijns inziens tenderen rechtspraak en literatuur naar het eerstgenoemde uitgangspunt.[**noot:39**] De OK overwoog in haar beschikking inzake Willem III:

> "dat het bestuur van een vennootschap een eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot het besturen van een vennootschap en derhalve niet, althans zeker niet steeds of in alle gevallen, gehouden is instructies van aandeelhouders op te volgen of uitvoering te geven aan in de AVA genomen besluiten". (Curs. JB)[**noot:40**]

Van den Ingh merkt hierbij op:

> "De rechtspraak van de laatste jaren heeft ons beter doen beseffen dat het bestuur niet klakkeloos tot uitvoering mag overgaan, met name niet als het gaat om besluiten tot uitkering van dividend of reserves. De hiervoor genoemde Willem III beschikking wijst er terecht op dat opvolging van instructies en uitvoering van andere besluiten over dezelfde kam van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur moeten worden geschoren." (Curs. JB)[**noot:41**]

Uit de formulering van en toelichting bij art. 2:239 WV blijkt dat het departement dit uitgangspunt met de introductie van het instructierecht niet beoogt te verlaten. Art. 2:239 lid 3 WV bepaalt expliciet dat het bestuur een aanwijzing niet dient op te volgen, indien deze "in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming".[**noot:42**] De toelichting vermeldt dat het bestuur niet de instructies van een ander orgaan "slaafs mag navolgen", maar een eigen "zelfstandige belangenafweging" dient uit te voeren.[**noot:43**] Waarom zou het bestuur de instructie 'gij zult uitkeren' dan wél moeten opvolgen indien het meent dat deze schade toebrengt aan de vennootschap en haar crediteuren? Deze vraagt klemt te meer, nu de uitkering een transactie is waarbij de belangen van aandeelhouders en vennootschap doorgaans divergeren.[**noot:44**]

3.3.3. Onduidelijke aansprakelijkheidsrisico's voor waarschuwende bestuurder

Het is niet helder wat onder het voorgestelde recht precies de positie is van de bestuurder die heeft gewaarschuwd dat een uitkering tot benadeling van de vennootschap en haar crediteuren zal leiden, en daarna op aandringen van de AVA toch tot uitkering overgaat.[**noot:45**] De toelichting stelt dat de bestuurder dan niet op grond van art. 2:9 BW kan worden aangesproken en dat "de eventuele aansprakelijkheidsgevolgen berusten bij de aandeelhouders". Het is echter onduidelijk of het departement hiermee bedoelt dat de bestuurders in het geheel niet meer wegens deze uitkering aansprakelijk kunnen worden gesteld, of dat aansprakelijkheid jegens crediteuren of in faillissement jegens de boedel mogelijk blijft.

Indien men van het eerste uitgaat, dan is het enigszins merkwaardig dat de bestuurders door het waarschuwen van de AVA worden ontslagen van hun verplichtingen jegens de vennootschapscrediteuren ex. art. 2:248 en 6:162 BW. Hetgeen zich in de interne verhoudingen van de vennootschap afspeelt, zou in dat geval wel zeer verstrekkende gevolgen voor derden hebben. Een door de AVA verleende decharge strekt immers ook niet tot kwijting jegens crediteuren en curator.[**noot:46**]

Het departement voert aan dat crediteuren niets te vrezen hebben, nu immers de aandeelhouders door de vennootschap voor het ten onrechte uitgekeerde kunnen worden aangesproken. Door de waarschuwing is mijns inziens inderdaad de belangrijkste horde voor aansprakelijkheid van aandeelhouders genomen: deze zullen door de waarschuwing in beginsel[**noot:47**] de vereiste wetenschap van het tekort hebben gehad waardoor aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 WV en onrechtmatige daad mogelijk is. Ook de pauliana zal na de waarschuwing grote kans van slagen hebben: uit de waarschuwing van het bestuur volgt mijns inziens in beginsel ook diens wetenschap van benadeling (zie par. 2.3 hiervoor). De toelichting gaat echter te gemakkelijk voorbij aan de praktische bezwaren die aan het verhaal op mogelijk een groot aantal (eventueel in het buitenland gevestigde) aandeelhouders (kunnen) kleven. Het is opmerkelijk dat het ministerie deze bezwaren bij de voorgestelde geschillenregeling wél lijkt te onderkennen. In het voorgestelde art. 2:343 WV wordt de mogelijkheid geopend dat een uittredingsvordering mede of uitsluitend tegen de vennootschap wordt ingesteld.

> "Het zal in veel gevallen praktischer zijn om de vordering in te stellen tegen de vennootschap"

, zo vermeldt de toelichting.[**noot:48**] Waarom dient de crediteur wél verhaal te zoeken bij de aandeelhouders, terwijl de uittredende aandeelhouder niet op zoek hoeft naar zijn medeaandeelhouders?

Indien men er van uitgaat dat ondanks de waarschuwing bestuurders wél kunnen worden aangesproken door curator en crediteuren, dan impliceert dit mijns inziens - anders dan uit de toelichting blijkt - dat het bestuur een uitkering moet kunnen weigeren indien het meent dat

de medewerking daaraan in deze aansprakelijkheid zal resulteren. Verantwoordelijkheid veronderstelt een bepaalde mate van zeggenschap. Door het ontbreken van een goedkeuringsbevoegdheid blijft in dat geval de in het huidige recht gesignaleerde onduidelijkheid bestaan.

3.4. Voorstel

3.4.1. Goedkeuringsbevoegdheid (alsnog) opnemen

Uit het bovenstaande blijkt mijns inziens de behoefte aan de introductie van een goedkeuringsbevoegdheid voor het bestuur bij uitkeringen.[**noot:49**] Deze biedt de bestuurder de gewenste duidelijkheid omtrent zijn rol bij uitkeringen. Daarnaast biedt de bevoegdheid het bestuur een op de wet gebaseerd argument om uitkeringen die niet aan de uitkeringstest voldoen, tegen te houden.[**noot:50**] De wettelijke bevoegdheden van het bestuur worden daarmee in evenwicht gebracht met zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijkheidsrisico's.[**noot:51**] Daarnaast zijn de crediteuren van de vennootschap mijns inziens meer gebaat bij een regeling die primair beoogt benadelende uitkeringen te voorkomen, dan bij mogelijk aansprakelijkstelling van aandeelhouders en/of bestuurders nadat het is misgegaan.[**noot:52**]

Overigens kan de aandeelhouder die meent dat het bestuur ten onrechte dwars ligt bij de uitkering, doorgaans overgaan tot ontslag hiervan en een bestuur benoemen dat wel bereid is met de uitkering in te stemmen. Indien de aandeelhouder gelijk blijkt te hebben en de vennootschap na de uitkering dus niet in betalingsproblemen geraakt, is er in dit geval niets aan de hand. Een wettelijk verankerde goedkeuringsbevoegdheid maakt het aandeelhouders derhalve niet onmogelijk om een in hun ogen terechte uitkering te bewerkstelligen.

3.4.2. Geen bijzondere aansprakelijkheidsregeling

Aan het opnieuw opnemen in het wetsvoorstel van de geschrapte aansprakelijkheidsregeling bestaat mijns inziens geen behoefte nu deze naast de invoering van de goedkeuringsbevoegdheid niets toevoegt. Indien het bestuur goedkeuring verleent aan een uitkering in strijd met de wettelijke uitkeringstoets, zal het door de vennootschap immers kunnen worden aangesproken op grond van art. 2:9 BW. Het ernstig verwijt lijkt mij in dat geval gegeven; de Hoge Raad heeft in zijn arrest inzake Berghuizer Papierfabriek bepaald dat de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:9 BW vestigt.[**noot:53**] Handelen in strijd met een wettelijke bepaling die vennootschap en crediteuren beoogt te beschermen, zal dan ook in de regel in aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW resulteren.[**noot:54**] Naast deze aansprakelijkheid jegens de vennootschap zullen de hierboven besproken mogelijkheden om onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk te worden gesteld op grond van art. 2:248 en 6:162 BW blijven bestaan.

Hierbij dient te worden opgemerkt, dat indien naast de bestuurder ook de aandeelhouder wist of behoorde te voorzien dat de uitkering niet aan de uitkeringstest voldeed, de bestuurder een regresrecht zou moeten hebben ten aanzien van de ontvanger van de uitkering. Het lijkt alleszins redelijk om de draagplicht van bestuurders voor door de vennootschap of crediteuren geleden schade te beperken tot het bedrag dat niet is terug te vorderen van de ontvanger van de uitkering.

4. Conclusie

Dat een nieuwe regeling inzake uitkeringen stof doet opwaaien is begrijpelijk. Het formuleren van normen ten aanzien van de mogelijkheid van aandeelhouders om vermogen aan de vennootschap te onttrekken en de rol die het bestuur daarbij dient te spelen, dwingt tot het maken van fundamentele keuzes. In dit artikel heb ik getracht aan te tonen dat de thans voorgestelde regeling en de onderbouwing daarvan de nodige vragen oproepen. Het (gebrekkige) systeem van kapitaalbescherming verdwijnt, maar daar komt niets nieuws voor in de plaats. De nieuwe aansprakelijkheidsregeling ten aanzien van aandeelhouders blijkt de codificatie te zijn van een zelfs beperktere onrechtmatige daads-norm dan die reeds in de rechtspraak is geformuleerd. De pauliana lijkt daarom voor curatoren nog het beste middel om aandeelhouders tot restitutie van een uitkering te bewegen. Daarnaast wordt de rol en mogelijke aansprakelijkheid van het bestuur in de tweede nota van wijziging aanzienlijk teruggebracht. Daarmee lijkt het departement terug te komen op eerdere uitgangspunten, die steun vonden in de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende onderzoeksrapporten. Mijns inziens zou de wetgever nog eens op zijn kompas dienen te kijken en zijn koers wederom moeten verleggen.

[**1**]
Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2 (Wetsvoorstel).

[**2**]
Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 25 (MvT).

[**3**]
De hier gesuggereerde ruil is reeds kort bekritiseerd in A.F.M. Dorresteijn, 'Minder kapitaal, meer aansprakelijkheid?', ***WPNR*** 2006-6676.

[**4**]
Dit is anders bij de NV, waarvan alleen de aandeelhouders niet te goeder trouw de uitkering dienen terug te betalen; art. 2:105 lid 8 BW.

[5]
HR 8 november 1991, ***NJ*** 1992, 174 (Nimox), Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999, ***JOR*** 2000/93 (Panmo) & HR 9 mei 1986, ***NJ*** 1986, 792 (KeulenBLG).

[6]
Zo overweegt het hof in zijn arrest inzake Panmo in rechtsoverweging 5.3.

[7]
Zie bijv. Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 621, M.L. Lennarts, ***Concernaansprakelijkheid***, Deventer: Kluwer 1999, p. 213 & M. Olaerts, ***Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders***, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 205.

[8]
Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 621.

[9]
Het leerstuk van de indirecte doorbraak is recentelijk uitvoerig besproken door A-G Timmerman, in diens conclusie bij HR 12 september 2008, ***RO*** 2008/78 & ***JOR*** 2008/297 (Coutts).

[10]
Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 623 e.v.

[11]
Zie HR 25 september 1981, ***NJ*** 1982, 443 (Osby), HR 2 november 1984, ***NJ*** 1985, 446 (Blok-De Haan), HR 19 februari 1988, ***NJ*** 1988, 487 (Albada Jelgersma), HR 18 november 1994, ***NJ*** 1995, 170 (Securicor), HR 21 december 2001, ***NJ*** 2005/96 (Sobi/Hurks) en HR 12 september 2008, ***RO*** 2008/78 & ***JOR*** 2008/297 (Coutts).

[12]
L. Timmerman, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter', ***De Naamlooze Vennootschap*** 68-1, p. 17. Timmerman introduceert deze categorie naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad inzake Keulen-BLG, HR 9 mei 1986, ***NJ*** 1986,792. Zie Panmo, Nimox, HR 12 juni 1998, ***NJ*** 1998,727 (Coral-Stalt).

[13]
Dit criterium is voor het eerst geformuleerd in het arrest inzake KeulenBLG en wordt geacht te zijn toegepast in zaken Nimox en Panmo. Aan dit criterium is sneller voldaan, dan aan het in de overige doorbraakrechtspraak gehanteerde criterium 'weten of behoren te voorzien'. Er is sprake van 'weten of behoren te weten' indien een volledig geïnformeerd persoon in redelijkheid niet aan het intreden van de schade kan twijfelen. Bij toepassing van het ' onttrekkingscriterium' staat redelijke twijfel aan het intreden van de schade niet zonder meer aan de aansprakelijkheid in de weg. Zie over dit onderscheid Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 625.

[14]
Zo stelt Lennarts in haar proefschrift ten aanzien van de Nimox-zaak op p. 214: "Voorts geldt de regel niet alleen voor de rechtspersoon/ enig aandeelhouder, maar ook voor de natuurlijke persoon die enig aandeelhouder is als ook voor aandeelhouders in een meerpersoonsvennootschap."

[15]
Uiteraard is het mogelijk dat de onttrekking van dien aard is dat deze de hoofdoorzaak is van meer schade aan crediteuren dan het bedrag van de onttrekking. In dat geval kan de aandeelhouder ook voor een groter deel van het tekort worden aangesproken, dan het bedrag van de uitkering. Overigens dient dan wel voldoende causaal verband te bestaan tussen de uitkering en het tekort. Lennarts heeft terecht benadrukt dat dit niet automatisch voortvloeit uit het verband tussen de uitkering en het faillissement. Zie M.L. Lennarts, 'Doorbraak van aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad naar ex-aandeelhouder. Commentaar op Hof Amsterdam 26 november 1998 (Montedison)', ***Ondernemingsrecht*** 1999-2, p. 53-54.

[16]
Deze mogelijkheid vervalt niet helemaal: door de formulering van art. 2:216 lid 1 WV kunnen uitkeringen uit gebonden reserves nog wél worden teruggevorderd op grond van onverschuldigde betaling. Deze tweesporigheid is het gevolg van dwingende voorschriften uit de Vierde EG-richtlijn. Zie hierover M.L. Lennarts, 'De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders van een bv nader beschouwd', ***WPNR*** 2007-6731, p. 966-6731.

[17]
Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT), p. 33.

[18]
Ook Dorresteijn meent dat het in de zaak Nimox gehanteerde criterium een lichtere toets betreft: "Volgens het hof waren prognoses van de vennootschap [...] zodanig dat door de uitkering het commerciële risico grotendeels op de bestaande crediteuren werd afgewenteld. Dat is zelfs ruimer dan voorzien dat na de uitkering niet meer kan worden voortgegaan met betaling van de opeisbare schulden", A.F.M. Dorresteijn, 'Minder kapitaal, meer aansprakelijkheid', ***WPNR*** 2006.

[19]
Art. 42 Fw. e.v.. Zo stelt ook A-G Timmerman onlangs in zijn conclusie bij HR 19 december 2008, ***JOR*** 2009/172 onder verwijzing naar Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek, twaalfde druk, nr. 224.1.

[20]
P. van Schilfgaarde, 'Aantasting van concernfinanciering door de actio pauliana en de actie uit onrechtmatige daad', in J. Lievens e. a., ***Financiele kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering***, Deventer: Kluwer 1987, p. 81-90.

[21]
P.J. Dormond, 'Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering', ***De Naamloze Vennootschap*** 65/2 1987, p. 63-73. Zijn mening wordt gedeeld door J. W. Winter, C***oncernfinanciering***, Deventer: Kluwer 1992, p. 232 en S.M. Bartman & A.F. M. Dorresteijn, ***Van het concern***, Deventer: Kluwer 2006, p. 84.

[22]
J.W. Winter, C***oncernfinanciering***, Deventer: Kluwer 1992, p. 247.

[23]
M.L. Lennarts, ***De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschapsen insolventierecht*** (Oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 13.

[24]
B. Wessels, 'Actio pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', ***VrA*** 2007-2, p. 63.

[25]
Art. 42 lid 2 Fw bepaalt dat wetenschap bij de wederpartij (de aandeelhouder) alleen vereist is bij een rechtshandeling anders dan om niet.

[26]
HR 10 januari 1997, ***NJ*** 1997, 360 (Van de Ven).

[27]
Zie OK 10 januari 2008, RO 2008/18, JOR 2008/39 (PCM) en daarover J. Barneveld, 'PCM & private equity. Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen', ***WPNR*** 2009-6791, p. 230-238.

[28]
HR 6 februari 2004, ***JOR*** 2004/67 & Hof Arnhem 19 februari 2002, ***JOR*** 2002/56 (Reinders-Didam).

[29]
Zie de conclusie van A-G Mok bij HR 8 juni 2001, ***JOR*** 2001/171 (Panmo). In de Panmo-zaak besloot de rechter dat hoewel de uitkering van dividend wel een onrechtmatige daad van de aandeelhouder betekende, het bestuur niet kon worden aangesproken op grond van art. 2:248 BW.

[30]
Zie anders F.K. Buijn, 'Onzekere winstuitkeringen', ***Ondernemingsrecht*** 2007-9, p. 358.

[31]
Zie HR 14 januari 1983, ***NJ*** 1983, 597 (Peeters-Gatzen).

[32]
Zie o.a. Coral-Stalt, Hof Leeuwarden 19 januari 2005, ***JOR*** 2005/138, de noot van Van Andel bij Rb. Adam 4 juli 2007, ***JOR*** 2008/170, overweging 22 in Hof 's-Gravenhage 28 augustus 2008, ***JOR*** 2008/347 en de wenk bij Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ***RO*** 2008/72.

[33]
Zo meent Huizink bijvoorbeeld dat hiervan pas sprake kan zijn als de vennootschap de facto heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en derhalve feitelijk in liquidatie is, zie J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer', ***TvI,*** 2002-3, p. 167-177. Andere auteurs bepleiten dat er sprake moet zijn van een bepaalde mate van (geobjectiveerde) wetenschap bij de bestuurders dat de overige schuldeisers door de betaling zullen worden benadeeld, zie Y.L.L.A.M. DelfosRoy, 'Selectieve betaling", ***Ondernemingsrecht***, 2007-4, p. 125-131, M.A.J.G. Janssen & M.J.W. Schollen, 'Selectieve betaling van schuldeisers', ***Journaal IF&Z***, 2005-160, p. 183-160 & F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', ***WPNR*** 1990-6355, p. 301-308.

[34]
Zie Coral/Stalt, HR 8 december 2006, ***NJ*** 2006, 659 (Ontvanger/ Roelofsen) & Rb. Amsterdam 19 maart 2007, ***RO*** 2008/72.

[35]
Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 8 (Tweede Nota van Wijziging).

[36]
Zie bijv. de schriftelijke reacties van de VNO-NCW op de derde tranche van het voorontwerp en het wetsvoorstel.

[37]
Zie voor een zeer kritische bespreking van deze nota: M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Privaatrecht Actueel. Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournure van de wetgever', ***WPNR*** 2009-6791, p. 227-229. Ook Dortmond is kritisch: P.J. Dortmond, 'De tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht', ***Ondernemingsrecht*** 2009-4.

[38]
Zie hierover B. Bier & P.M. van der Zanden, 'Besluitvorming van het bestuur rondom uitkeringen in de flexibele BV', ***TvOB*** 2007-1, p. 11-14.

[39]
Zie bijv. het hierboven besproken HR 6 februari 2004, ***JOR*** 2004/67 & Hof Arnhem 19 februari 2002, ***JOR*** 2002/56 (Reinders-Didam). Omdat in deze zaak de vordering voortvloeiende uit het dividendbesluit door de aandeelhouder eenzijdig was verrekend, kon niet worden gesteld dat het bestuur deze betaalbaar had gesteld. Daarom overwoog het hof dat ***de medewerking aan het dividendbesluit*** ("zoals het houden van de AVA, de bevordering van de besluitvorming, het op geen enkele wijze tegenwicht bieden tegen het ingrijpende en verstrekkende dividendbesluit en ook aanvaarding en uitvoering van een en ander in de cijfers") kwalificeerde als onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW. Zie tevens Rb. Den Haag (voorzieningenrechter) 7 augustus 2002, ***JOR*** 2002/173 (Babcock).

[40]
OK 9 maart 2000, ***JOR*** 2000/99 (Willem III), overweging 3.6.

[41]
F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in: L. Timmerman e. a., ***Concernverhoudingen***, Deventer: Kluwer 2002, p. 22.

[42]
Ook Lennarts en Boschma wijzen hierop, p. 228.

[43]
Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT).

[44]
Zo stelde Clarck reeds in 1977: "Since distributions to shareholders are the chief or only recurrent transfers without fair consideration that an ordinary honest corporation makes, the development of special, fairly definitive rules about them would be understandable." R.C. Clarck, 'The duties of The corporate debtor to its creditors', ***Harvard Law Review*** 90-505, voetnoot 155.

[45]
Lennarts en Boschma stellen dat door deze onduidelijkheid, de bestuurders in "een lastige en onzekere positie" komen te verkeren, p. 229.

[46]
Zie P. van Schilfgaarde/J. Winter, ***Van de BV en de NV***, Deventer: Kluwer 2006, p. 313.

[47]
Zie hierover Dortmond, noot 35.

[48]

Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 108 (MvT).

[**49**]
Tot die conclusie komen ook Lennarts, Boschma en Dortmond. Huizink juicht het schrappen van de goedkeuringsbevoegdheid juist toe, J. B. Huizink, 'Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid', ***WPNR*** 2009-6803, p. 531-533.

[**50**]
Dortmond vreest dat het ontbreken van een wettelijke goedkeuringsbevoegdheid er mogelijk toe kan leiden dat een voorzichtige bestuurder die een uitkering weigert, door de aandeelhouders wordt "weggehoond".

[**51**]
Overigens zou het mijns inziens de voorkeur verdienen in de goedkeuringsregeling tot uitdrukking te brengen dat het bestuur ook haar goedkeuring dient te onthouden indien de uitkering ernstig in strijd is met het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Zie hierover J. Barneveld, 'PCM & private equity. Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen', ***WPNR*** 2009-6791, p. 230-238.

[**52**]
Ook Lennarts en Boschma benadrukken dat het doel van de regeling zou moeten zijn om "onverantwoorde" uitkeringen te voorkomen, p. 229.

[**53**]
HR 29 november 2002, ***NJ*** 2003, 455.

[**54**]
Zo merkt Dorresteijn op in A.F.M. Dorresteijn, 'Minder kapitaal, meer aansprakelijkheid?', ***WPNR*** 2006-6676, p. 591. Zie ook B. Verkerk, 'Aansprakelijkheid in verband met uitkeringen in het vereenvoudigde BV-recht', ***O&F*** 2008-77/78, p. 46.

© 2009 Sdu Uitgevers bv **Leveringsvoorwaarden** | **Privacy**