

COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

Datum: 10 mei 2012

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Excellentie,

De Commissie vennootschapsrecht brengt graag het volgende onder uw aandacht.

In het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie (Kamerstukken EK 2011-2012, 31 058 en 32 426, april 2012) zijn kritische vragen gesteld over het wetsvoorstel inzake de Flex-BV. Deze vragen gaan vooral over uitkeringen aan aandeelhouders en meer in het bijzonder over het voorgestelde art. 2:216 BW. Daarover is in de literatuur veel geschreven, maar in het nader voorlopig verslag wordt slechts verwezen naar twee (korte) publicaties van prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. J.B. Huizink. De kennelijke strekking van deze publicaties is de Eerste Kamer ertoe te bewegen zich tegen de invoering van deze bepaling te keren.

De Commissie ziet aanleiding u te adviseren met betrekking tot een aantal vragen die de Kamer heeft opgeworpen. De Commissie beperkt zich tot de volgende onderwerpen, die zij cruciaal acht, en geeft u in overweging de Kamer nader als volgt te informeren.

In de eerste plaats wil de Commissie nogmaals onderstrepen dat het wetsvoorstel is ingediend na een uitvoerige consultatie waaruit ruime steun voor de voorgestelde regeling bleek. Aan de wieg van de regeling stond de Expertgroep, waarin negen vooraanstaande juristen uit de wetenschap en de praktijk onder leiding van prof. mr. H.J. de Kluiver zitting hadden. De Commissie wijst erop dat prof. Van Veen lid was van de Expertgroep. De Expertgroep heeft in opdracht van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken uitvoerig de knelpunten van de huidige BV-regeling geanalyseerd. In haar Rapport uit 2004 deed de Expertgroep aanbevelingen om knelpunten en lacunes op te lossen. De door de Expertgroep voorgestelde regeling voor een nieuw art. 2:216 BW is de voorloper van en kent dezelfde uitgangspunten als de thans voorgestelde wetsbepaling.

In de tweede plaats wordt opgemerkt dat alle nu opgeworpen vragen in de literatuur en de wetsgeschiedenis eerder (uitgebreid) zijn besproken, terwijl een aantal van de observaties waarop deze vragen zijn gebaseerd, niet juist is. Zo wordt gesuggereerd dat er 'slechts' sprake zou zijn van twee arresten van de Hoge Raad waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat de huidige regeling goed voldoet. De toelichting verwijst op dit punt naar de uitspraken van de Hoge Raad inzake Nimox (HR 8 november 1991, NJ 1992/174) en Reinders Didam (HR 6 februari 2004/67). De commissie wijst erop dat in de Nimox-zaak de Hoge Raad niet enkel oordeelde over het bewerkstelligen van het dividendbesluit door de uitoefening van het stemrecht, maar ook over de uitvoering van het dividendbesluit. Zo'n uitvoeringshandeling is een bestuurstaak. Het voorgestelde art. 2:216 BW sluit hier (anders dan de in het nader voorlopig verslag aangehaalde auteurs betogen) bij aan.

Voorts wordt er aan voorbij gezien dat juist ook in de lagere rechtspraak (en – dus - reeds onder het bestaande recht) ter bescherming van crediteuren, kritisch wordt getoetst of uitkeringen verantwoord zijn gedaan (zie bijv. Rb Amsterdam 21 april 2010, JOR 2011/1 en Rb Almelo 2 februari 2011, RO 2011/36), en dat onder omstandigheden ook bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden als zij daaraan meewerken. Nog afgezien daarvan is het de Commissie niet duidelijk waarom het aantal uitspraken van de Hoge Raad relevant zou zijn. De Hoge Raad is cassatierechter en bepaalt wat rechtens heeft te gelden. Daarvoor is (gelukkig) geen reeks van uitspraken nodig. Deze standaard jurisprudentie afdoen als 'anekdotisch', zoals één van de auteurs schrijft, doet daaraan geen recht.

Dat in het Nimox-arrest de crediteuren niet de bestuurders, maar de aandeelhouder aansprakelijk hadden gesteld, verandert niets aan het kernprobleem dat de wet niet duidelijk voorziet in waarborgen voor crediteuren in geval van een uitkering. De voorgestelde wettelijke regeling beoogt hier nu juist duidelijkheid te scheppen en wel door een eenvoudige ingreep die meebrengt dat een uitkering niet kan worden gedaan zonder dat het bestuur toetst of die uitkering niet evident onverantwoord is. Niet goed begrijpelijk is de stelling in het nader voorlopig verslag dat het in het Nimox arrest niet zou zijn gegaan om uitkeringen omdat niet daadwerkelijk gelden zouden worden betaald. De Commissie ziet geen enkele aanleiding in de wettekst of de toelichting om te menen dat art. 2:216 BW niet van toepassing zou zijn als een betaalbaarstelling van een uitkering anderszins, bijvoorbeeld door verrekening of door deze te kwalificeren als een lening aan de vennootschap tegen verkrijging van zekerheden, tot een daadwerkelijk voordeel voor de uitkeringsgerechtigden zou leiden.

In de derde plaats geldt dat de bezwaren in verband met de positie van bestuurders eraan voorbij lijken te zien dat in de parlementaire behandeling een groot aantal malen is onderstreept dat de regeling slechts beoogt in betrekkelijk evidente gevallen een extra waarborg voor crediteuren te bieden. Verwezen moge worden naar de recente toelichting van de minister in kamerstuk TK 32 426 (p. 11) waar (nog eens) uitdrukkelijk werd gesteld: "Als de vennootschap op basis van de boekhouding constateert dat er voldoende eigen vermogen is voor een uitkering, is onder normale omstandigheden aan de uitkeringstest voldaan. Punt." In dat licht zijn de suggesties met betrekking tot een mogelijke

lastenverzwaring moeilijk te plaatsen. In ieder geval bevatten de aangehaalde publicaties geen gegevens waaruit kan volgen dat een lastenverzwaring te verwachten valt. Zo echter al sprake zou zijn van een lastenverzwaring, dan zal deze toch ook moeten worden afgewogen tegen de voorkoming van nadelen voor crediteuren, en daarmee voor de samenleving, zoals het doel van de regeling is. Ten slotte moge er ook aan herinnerd worden dat het wetsvoorstel juist voorziet in veel vrijheid voor partijen om de vennootschappelijke structuur naar eigen goeddunken in te richten zonder dat aan de B.V. enige kapitaaleisen worden gesteld. De voorziene uitkeringsregeling beoogt die vrijheid ook met verantwoordelijkheid gepaard te doen gaan.

In de vierde plaats heeft de wetgever na ampel beraad het vereiste van goedkeuring van het bestuur opnieuw in de wettekst opgenomen (nadat het eerder bij nota van wijziging was verwijderd) en daartoe deugdelijke argumenten gehanteerd. De Commissie ziet geen reden het vereiste van goedkeuring opnieuw ter discussie te stellen. Zij wijst ook op haar Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het b.v.-recht uit 2007 (opgenomen in Ondernemingsrecht 2007, p. 14-19, zie punt 8): 'De Commissie is van oordeel dat het hierboven aangeduide geheel van schuldeiserbeschermingsregels goed verdedigbaar is'.

De Commissie concludeert dat voor zover het nader voorlopig verslag gronden beoogt aan te voeren om in dit stadium het juridisch discours over dit onderwerp te heropenen, die gronden niet zonder meer juist en evenmin overtuigend voorkomen en afbreuk doen aan de doelstellingen van het voorliggende wetsvoorstel dat naar brede opvatting in een behoefte voorziet. De Commissie is voorts van oordeel dat de aangevoerde argumenten geen nieuw licht werpen op dit onderwerp en ook in die zin achterhaald zijn. De Commissie adviseert u daarom aan de Eerste Kamer kenbaar te maken dat een heroverweging van het voorgestelde art. 2:216 BW niet in de rede ligt. Mede gelet op de behoefte die in de praktijk wordt gevoeld aan een flexibeler BV-recht, welke behoefte nog is vergroot doordat het wetsvoorstel tot herziening van het personenvennootschapsrecht inmiddels is ingetrokken, zou de Commissie het betreuren als de nu aangevoerde argumenten invoering van het nieuwe BV-recht zouden vertragen. Iets anders is uiteraard dat na inwerkingtreding moet worden gevolgd of de uitkeringsregeling de praktijk voor moeilijkheden zou stellen. Als en wanneer dat het geval zou blijken te zijn, zal deze Commissie het gaarne tot haar taak rekenen om dan met voortvarendheid aanpassingen te adviseren die dergelijke moeilijkheden oplossen.

Hoogachtend,

A. Hammerstein,
Voorzitter