

De nieuwe uitkeringstest voor de besloten vennootschap in civiel en fiscaal perspectief



Mr. dr. H. Koster*



Mr. dr.
J.L. van de Streek**

1. Inleiding

De kapitaalbeschermingsregels voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) worden door de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ingrijpend herzien met ingang van 1 oktober 2012.¹ De belangrijkste wijzigingen behelzen de afschaffing van het minimumkapitaal² en de invoering van een in de wet vastgelegde uitkeringstest voor alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders in samenhang met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders die niet te goeder trouw waren. In dit artikel nemen wij deze nieuwe uitkeringstest voor besloten vennootschappen onder de loep vanuit civiel en fiscaal perspectief (zie par. 2 respectievelijk par. 3). Voor het civiele perspectief geldt dat bestuurders en aandeelhouders de nieuwe sancties zoveel mogelijk zullen proberen te voorkomen. De fiscaliteit komt pas om de hoek kijken als het kwaad is geschied. De vraag rijst dan vooral of de belastingheffing neutraal uitpakt of functioneert als een extra 'straf' voor bestuurders en aandeelhouders. Hoewel het parlementaire proces is afgerond en deze bijdrage vooral is bedoeld als een overzicht van de stand van zaken, schuwen wij het maken van kritische kanttekeningen niet. Dat geldt ook in par. 4 waarin wij de bijdrage afronden met enkele opmerkingen vanuit een beleidsmatige invalshoek.

2. Civiele aspecten nieuwe uitkeringstest

2.1. Huidige regeling en kritiek hierop

De huidige wettelijke regeling voor de BV gaat voor de bescherming van schuldeisers uit van een systeem van kapitaalbescherming.³ Voor de oprichting van een BV is nu een minimumkapitaal vereist van achttienduizend euro. Uitkeringen aan aandeelhouders zijn slechts toegestaan voor zover het eigen vermogen groter is dan de som van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Door in de wet een deel van het vermogen aan te merken als niet-uitkeerbaar wordt beoogd te voorkomen dat vermogen uit de vennootschap ten koste van schuldeisers wegvloeit naar de aandeelhouders. Dit systeem is gebaseerd op de Europese regels uit de tweede richtlijn zoals die gelden voor naamloze vennootschappen. De regels over kapitaalbescherming zijn bedoeld om te voorkomen dat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid die aandeel-

houders van naamloze en besloten vennootschappen genieten, wordt misbruikt om schuldeisers van de vennootschap te benadelen. Niet-naleving van de wettelijke kapitaalbeschermingsregels leidt tot een nietig besluit en de aandeelhouders zijn op grond van onverschuldigde betaling gehouden tot terugbetaling van hetgeen is uitgekeerd.⁴ Op het bestaande systeem van kapitaalbescherming is veel kritiek geuit.⁵ Wij noemen de belangrijkste punten van kritiek: (i) Het minimumkapitaal biedt geen adequate bescherming voor schuldeisers omdat er geen garantie is dat het bedrag nog aanwezig is in het vermogen van de vennootschap wanneer een schuldeiser zijn vordering wil innen; (ii) het bedrag van achttienduizend euro is een willekeurige grens die geen rekening houdt met de aard en omvang van de activiteiten van de onderneming; (iii) bij het bepalen van het uitkeerbare vermogen wordt nogal eens uitgegaan van gedateerde gegevens in de laatst vastgestelde jaarrekening; (iv) de International Financial Reporting Standards (IFRS) zijn niet toe-

* Universitair docent ondernemingsrecht (EUR).

** Universitair docent belastingrecht bij het *Amsterdam Center for Tax Law* (UVA) en voorts verbonden aan een belastingadvieskantoor.

1. Wet van 18 juni 2012 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 300. Zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 29 juni 2012, *Stb.* 2012, 301.
2. De afschaffing van het minimumkapitaal heeft tot gevolg dat een BV kan worden opgericht met een zeer gering kapitaal, bijvoorbeeld één aandeel met een nominale waarde van 0,01 eurocent.
3. Dit geldt ook voor naamloze vennootschappen.
4. Bij naamloze vennootschappen is bovendien kwade trouw vereist. Zie art. 2:105 lid 8 BW.
5. Zie onder andere het rapport van M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, van 31 maart 2004, B.C.M. Waaijer, *De vennootschappelijke lakmoesproef voor crediteurenbescherming nieuwe stijl: de liquiditeitstest*, WPNR (2006) 6676, blz. 586, J. Rickford, *Legal approaches to restricting distributions to shareholders: Balance sheet tests and solvency tests*, Volume 7:1 *European Business Organization Law Review* 2006, en W. Schön, *Gewinnermittlung, Gewinnverteilung und Gewinnausschüttung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH*, in P. Hommelhoff, H. Rowedder en P. Ulmer, *Max Hachenburg: Fünfte Gedächtnisvorlesung* 2002, C.F. Müller 2003.

gesneden op kapitaalbescherming; en (v) in de rechtspraak is het belang van de wettelijke regels van kapitaalbescherming inmiddels gerelativeerd.⁶

2.2. De nieuwe uitkeringstest

Op grond van de nieuwe regeling berust de bescherming van schuldeisers niet langer op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de vennootschap aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitkering aan aandeelhouders, maar is de bescherming van schuldeisers vooral gebaseerd op een systeem waarin de geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap.⁷ Met de nieuwe regeling wordt beoogd bij bestaande jurisprudentie aan te sluiten en de aansprakelijkheid van bestuurders nader in te vullen en te verduidelijken.⁸ Er is geen sprake van vervanging van het ene systeem voor het andere. De harde, onbuigzame regels van de kapitaalbescherming komen te vervallen, maar de regels over aansprakelijkheid bestaan al. Deze worden gecodificeerd.⁹

Het nieuwe systeem kent in beginsel twee toetsmomenten in de vorm van een uitkeringstest alsmede een balanstest. In beginsel, omdat de balans-test niet altijd van toepassing is. Uitgangspunt van het nieuwe art. 2:216 BW is dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen,¹⁰ maar een besluit dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend en niet tot uitkering is overgegaan.¹¹ Uitdrukkelijke besluitvorming van het bestuur is overigens niet vereist. De goedkeuring kan ook impliciet worden verleend, bijvoorbeeld door betaalbaarstelling van het dividend.¹² Het bestuur weigert slechts de goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit is de uitkeringstest. In de memorie van antwoord is toegelicht dat dit betekent dat het bestuur uitsluitend de goedkeuring mag weigeren indien deze omstandigheid zich voordoet.¹³ Er is dus geen sprake van een discretionaire bestuursbevoegdheid tot goedkeuring. Er is wel beweerd dat een dergelijke goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur, vooral bij ondergeschikte groepsmaatschappijen, niet strookt met de realiteit. Dergelijke bestuurders zouden in een weinig benijdenswaardige positie verkeren.¹⁴ Is deze constatering wel juist? Van een voor zijn taak berekend bestuur dat zijn taken nauwgezet vervult mag toch worden verwacht dat het in staat is om met dergelijke druk om te gaan. Een behoorlijk functionerend bestuur dient in staat te zijn om een negatief besluit toe te lichten en om te pogen de aandeelhouder te overtuigen van de juistheid van het bestuursoordeel. Als de toelichting de aandeelhouder niet kan behagen, moet het bestuur inderdaad uiteindelijk zijn conclusies trekken, doch dat geldt ook bij andere meningsverschil-

len met de aandeelhouder waar men 'not can agree to disagree'. In de praktijk zal het doorgaans wel niet zover komen en zal de oplossing zijn dat om een vrijwaring wordt gevraagd door de bestuurder. Indien 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 redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap (interne aansprakelijkheid) hoofdelijk verbonden voor het tekort¹⁵ dat door de uitkering is ontstaan doch maximaal tot het bedrag van de uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Voor de aansprakelijkheid van het bestuur is beslissend het moment waarop het bestuur uitkeert dan wel de uitkering betaalbaar stelt. Wordt ten onrechte goedkeuring verleend en vervolgens tot uitkering overgegaan, dan komt deze sanctie in beeld. Het besluit tot goedkeuring blijft evenwel rechtsgeldig. Op basis van de wettekst kunnen zich overigens twee beoordelingsmomenten voordoen bij de uitkeringstest. Een eerste ten tijde

6. Zie onder meer HR 8 november 1991, nr. 14278, NJ 1992, 174 (Nimox) en HR 6 februari 2004, nr. 20278, JOR 2004/67 (Reinders Didam), waaruit volgt dat ook indien een vennootschap de wettelijke regels van kapitaalbescherming heeft nageleefd, een (besluit tot) dividenduitkering onrechtmatig kan zijn tegenover schuldeisers van de vennootschap.
7. Zie hierover H.J. de Kluiver, *Vermogensbescherming bij de BV: modernisering in internationaal perspectief*, WPNR (2006) 6676, blz. 571-580.
8. Zo ook A.F.M. Dorresteijn, *Minder kapitaal, meer aansprakelijkheid?*, WPNR (2006) 6676, blz. 590-591.
9. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 10 en 14.
10. In de statuten kunnen deze bevoegdheden worden beperkt of toegekend aan een ander orgaan.
11. Zie over de totstandkoming van deze bepaling ook M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *Privaatrecht actueel. Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournee van de wetgever*, WPNR (2009) 6791, blz. 227-229.
12. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 12.
13. Het betreft terecht een beperkte bevoegdheid, omdat de bevoegdheid om het uitkeringsbesluit te nemen aan de algemene vergadering toekomt. In de praktijk zullen aandeelhouders doorgaans wel rekening proberen te houden met de wensen van het bestuur over bijvoorbeeld het aanwenden van winstreserves voor investeringsdoeleinden als hen dat geëigend voorkomt.
14. J.B. Huizink, *Art. 2:216 volgens het wetsvoorstel Flex-BV: niet doen!*, Tijdschrift voor Insolventierecht 2012/8.
15. De Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht vult art. 2:216 lid 3 BW aan met een bepaling op grond waarvan art. 2:248 lid 5 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Hierin is voorzien in een regeling waarbij de rechter indien de begroting van het tekort nog niet mogelijk is, een veroordeling uitsprekt tot betaling van het tekort, op te maken bij staat overeenkomstig de schadestaatprocedure van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 612-615b). Zie *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 426, nr. 3, blz. 25. Zie hierover ook M.L. Lennarts en H.E. Boschma, *Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*, WPNR (2010) 6857, blz. 704-706.

van het verlenen van goedkeuring,¹⁶ voor zover dat expliciet gebeurt, en een tweede op het moment dat de uitkering plaatsvindt. De sanctie van aansprakelijkheid is evenwel uitdrukkelijk gekoppeld aan het moment van uitkeren. Indien de vereiste goedkeuring expliciet wordt verleend, maar vervolgens geen uitkering plaatsvindt, moet dit worden geïnterpreteerd als intrekking of het komen te vervallen van het eerdere goedkeuringsbesluit. Intrekking zou zich kunnen voordoen wanneer zich meer tijd bevindt tussen het moment waarop het besluit van de algemene vergadering wordt goedgekeurd en het daadwerkelijke uitkeringstijdstip, bijvoorbeeld omdat de omstandigheden zijn gewijzigd of omdat er sprake is van gewijzigd inzicht. Had dit niet passender geformuleerd kunnen worden? Wij vinden van wel. Een formulering die voor de goedkeuring volledig aanhaakt bij het tijdstip waarop de uitkering plaatsvindt of het tijdstip waarop deze betaalbaar wordt gesteld, zou geschikter zijn geweest.

De tweede toets vormt de beperkte balanstest. Deze balanstest houdt in dat de algemene vergadering niet bevoegd is - op straffe van nietigheid - tot het vaststellen van uitkeringen ten laste van de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De tweede en vierde richtlijn staan dit namelijk niet toe, zo was de gedachte.¹⁷ Mocht dit toch gebeuren, dan dienen de aandeelhouders op grond van onverschuldigde betaling de ontvangen uitkering terug te betalen. Hierbij is niet vereist dat de aandeelhouders wisten dat de uitkering in strijd met art. 2:216 BW tot stand was gekomen. Wel kunnen deze reserves doorgaans worden opgeheven of omgezet in kapitaal, waarna deze alsnog kunnen worden uitgekeerd.

De consequentie van de nieuwe regels is dat een vennootschap die een negatief eigen vermogen heeft of door uitkering zal verkrijgen en geen wettelijke of statutaire reserves heeft,¹⁸ na het van kracht worden van de wet flex-bv kan besluiten tot het doen van een uitkering. Boekhoudkundig leidt dit tot een negatief winstreserve. Er ontstaat daarbij geen herleving van de stortingsplicht.¹⁹ Overigens is dit uiteraard alleen toegestaan wanneer de vennootschap na de uitkering kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

2.3. De nieuwe aansprakelijkheidsregels

De regels die nu op straffe van nietigheid bij uitkeringen moeten worden nageleefd, worden vervangen door de al genoemde balanstest en aansprakelijkheid van bestuurders²⁰ indien onvoldoende zorgvuldigheid wordt betracht bij uitkeringen aan aandeelhouders,²¹ terugbetalingen op aandelen in het kader van een kapitaalvermindering of inkoop van eigen aandelen anders dan om niet. Van de bestuurders wordt blijkens de nieuwe wettekst verwacht, op straffe van aansprakelijkheid, dat zij ten tijde van de uitkering beoordelen of de vennootschap na het doen van de uitkering niet binnen afzienbare tijd in de situatie van surseance terecht komt. De periode

waarover de beoordeling zich zal moeten uitstrekken, zal doorgaans ongeveer een jaar zijn.²² Dit is geen harde regel, maar een uitgangspunt bij de toepassing van de uitkeringstest. Steeds dient aan de hand van concrete omstandigheden van het geval vastgesteld te worden wat redelijkerwijs behoort te worden voorzien. De bewoordingen 'redelijkerwijs behoort te worden voorzien' verwijzen daarbij naar geobjectiveerde maatstaven.²³ Om te beoordelen of de vennootschap in staat is om haar opeisbare schulden te blijven voldoen, dienen afhankelijk van de specifieke omstandigheden binnen de vennootschap de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit in het oordeel te worden betrokken.²⁴ In de kamerstukken wordt in dit verband verwezen naar een notitie van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport van het Nationale Taxonomie-project²⁵ over deze kwestie.²⁶ Voor de uitkering acht de werkgroep twee vragen van belang: 1) Was de onderneming de afgelopen jaren winstgevend en is dit ook de verwachting voor het lopende boekjaar (continuïteitsanalyse), en zo ja, 2) wat is op grond van de liquiditeitspositie van de vennootschap de maximale uitkeringsruimte. Dit laatste dient te worden bepaald aan de hand van de quick ratio en operationele kasstroom, rekening houdend met toekomstige verplichtingen, toekomstverwachtingen en overige onzekerheden.²⁷ In deze notitie staat verder onder meer:

16. In de kamerstukken wordt toegelicht dat dit betekent dat het bestuur uitsluitend goedkeuring kan verlenen onder de voorwaarde dat op het moment van uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 11.
17. Beckman is van mening dat deze verplichting niet voor de BV geldt. Zie H. Beckman, *De uitkeringstoets*, Ondernemingsrecht 2012/14 nr. 117.
18. De beperkte balanstest is in dat geval niet aan de orde.
19. Zie *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 40.
20. In het nieuwe art. 2:216 lid 4 BW is geregeld dat ook de feitelijke beleidsbepaler aansprakelijk kan worden gesteld. De vordering kan echter niet worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder.
21. De aansprakelijkheidsregels zijn niet van toepassing op uitkeringen in de vorm van aandelen in het kapitaal van de vennootschap (stockdividend) of bijschrijvingen op niet volgestorte aandelen. Deze uitzondering is opgenomen omdat bij uitkering van bonusaandelen of bijschrijvingen de aandelen worden volgestort vanuit beschikbare reserves. Er verdwijnt derhalve geen vermogen uit de vennootschap, zodat dit de financiële positie van de vennootschap niet wijzigt.
22. Zie *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 10.
23. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 12.
24. Zie *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 26.
25. Het Nederlandse Taxonomie Project is een project van de Ministeries van Financiën en Veiligheid en Justitie met als doelstelling lastenverlichting voor ondernemers.
26. Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht. De notitie is als bijlage opgenomen bij *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C.
27. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 13 en 14.

“Indien een ondernemer of zijn intermediair gebruik maakt van financiële software die wordt ondersteund door de XBRL-taxonomie, kan het tweede deel van de uitkeringstoets op zeer eenvoudige wijze (vrijwel met één druk op de knop) worden uitgevoerd. Ook op basis van de huidige ‘normale’ jaarrekening kan dat op eenvoudige wijze geschieden.”

Dit lijkt ons veel te eenvoudig gesteld.²⁸ Een zorgvuldige ‘inschatting’ door het bestuur zal in de regel complexer zijn dan hier wordt geschetst.²⁹ Waarschijnlijk zal daarom in voorkomende gevallen een deskundige gevraagd worden om een prognose op te stellen. Het is echter de vraag of alle accountants zich hieraan willen wagen.³⁰

De aansprakelijkheid van de bestuurders wordt verzacht doordat een ontvanger van een uitkering die niet te goeder trouw was, gehouden is tot terugbetaling van de uitkering. Art. 2:216 lid 3 BW bepaalt hierover dat degene die de 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, gehouden is tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.³¹ Door deze aansprakelijkheid wordt een aandeelhouder bij de besluitvorming over de winstbestemming aangemoedigd om met de belangen van de schuldeisers rekening te houden.³² Bovendien kunnen bestuurders die op grond van art. 2:216 lid 3 BW reeds een bedrag hebben betaald, het betaalde bedrag van de ontvanger van de uitkering die niet te goeder trouw was, terugvorderen.³³ Een en ander betekent dat het voor bestuurders verstandig is om de aandeelhouders zo veel mogelijk en zo vroeg mogelijk³⁴ - bijvoorbeeld bij de oproeping - op de hoogte te stellen van de afwegingen bij de uitkeringstest. Op grond van art. 2:216 lid 3 BW is niet aansprakelijk de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het niet over voldoende financiële kennis beschikken om de uitkeringstest uit te voeren, wordt in de memorie van toelichting terecht niet als een geldig excuus aangemerkt. Geruststellend lijkt evenwel het volgende citaat uit de nadere memorie van antwoord:

De leden van de CDA-fractie vragen of gegeven is dat het bestuur van de vennootschap veilig de goedkeuring aan een besluit tot dividenduitkering kan verlenen, indien de jaarrekening ex artikel 2:362 lid 2 BW met inachtneming van de bestemming van de winst en na een goedkeurende verklaring van de accountant door de algemene vergadering wordt vastgesteld. Zij wijzen erop dat de jaarrekening en daarmee de

goedkeurende accountantsverklaring immers worden opgesteld op basis van het continuïteitsbeginsel. In beginsel luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, maar wel met een belangrijke kanttekening. Zoals ik in antwoord op de eerste vraag van de CDA-fractie in deze paragraaf 3.2 al heb opgemerkt, brengt de uitkeringstest mee dat het bestuur nog wel dient na te gaan of zich sinds het vaststellen van de jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die een risico vormen voor de continuïteit van de onderneming. Bepalend is immers het moment van uitkering.³⁵

Wij zijn benieuwd of de rechter deze redenering zal volgen. Overigens geschieden in de regel uitkeringen maanden na de datum van de jaarrekening zodat het bestuur er toch niet aan ontkomt om een inschatting te maken van de relevantie van de gebeurtenissen die zich daarna hebben voorgedaan.³⁶ Veilig lijkt in de regel een bestuurder die, gebaseerd op een administratie die op orde is en op eventuele overige beschikbare - indien wenselijk bij (een) derde(n) ingewonnen - informatie, tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de uitkeringen en zich rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap. Een onverwachte externe omstandigheid zal veelal niet tot aansprakelijkheid leiden. Als het bestuur bij meerderheid een rechtsgeldig besluit heeft genomen, lijkt een tegenstemmende bestuurder doorgaans aan aansprakelijkheid te kunnen ontkomen indien hij aantoont dat het niet aan hem te wijten is

28. Zo ook W.J.M. van Veen, *Vermogensbescherming bij de flex-BV: back to basics!*, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2, blz. 27, en P.M. van der Zanden, *De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringstoets van het NTP*, WPNR (2012) 6933, blz. 419-422.
29. Van der Zanden heeft forse kritiek op de inhoud van deze notitie. Zie P.M. van der Zanden, *De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringstoets van het NTP*, WPNR (2012) 6933, blz. 419-422.
30. Zie P.M. van der Zanden, *De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringstoets van het NTP*, WPNR (2012) 6933, blz. 419 en 420.
31. Zowel voor bestuurders als aandeelhouders geldt dat in dit kader verrekening richting vennootschap niet is toegestaan. Zie het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW.
32. Zie *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, C, blz. 11.
33. Mocht sprake zijn van goede trouw, dan kan wellicht nog een beroep worden gedaan op de faillissementspauliana. Zie hierover J.N. Schutte-Veenstra, *Uitkeringsperikelen*, Ondernemingsrecht 2012/5 nr. 35.
34. Dit in verband met aandeelhouders die de vergadering niet bijwonen.
35. *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058, E, blz. 10.
36. Zo ook P.M. van der Zanden, *De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringstoets van het NTP*, WPNR (2012) 6933, blz. 422.

dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan. Dit kan bijvoorbeeld doordat de tegenstemmende bestuurder in het kader van de besluitvorming een schriftelijk vastgelegde stemverklaring aflegt waarin hij zijn tegenstem toelicht.³⁷ Ten slotte kan een bestuurder veiligheidshalve vrijwaring vragen aan de aandeelhouders.³⁸

2.4. *Andere gronden voor aansprakelijkheid*

De omstandigheid dat een bestuurder of een aandeelhouder mogelijk aansprakelijk is op grond van art. 2:216 BW - een *lex specialis* van art. 2:9 BW³⁹ - sluit niet uit dat de bestuurder of een aandeelhouder daarnaast aansprakelijk kan zijn uit andere hoofde, zoals op grond van onrechtmatige daad of op grond van art. 2:248 BW. Ook kan gedacht worden aan de *faillissementspauliana*.⁴⁰ Bovendien geldt dat, indien het tekort groter is dan het bedrag van de uitkering, de curator bijvoorbeeld kan pogen het volledige tekort vergoed te krijgen door een beroep te doen op art. 2:248 BW. In dit kader merken wij op dat de aansprakelijkheidsregeling van art. 2:216 BW in de kern overbodig is.⁴¹ Vanuit juridisch perspectief voegt deze regeling niets toe aan de bestaande mogelijkheden. Art. 2:9 BW, aangevuld met art. 6:162 BW en art. 2:248 BW, bieden voor bestuurdersaansprakelijkheid reeds dezelfde mogelijkheden, terwijl de *faillissementspauliana* en art. 6:162 BW dat voor de aansprakelijkheid van de aandeelhouders al doen. Toch heeft de nieuwe regeling onzes inziens wel toegevoegde waarde. In de volgende paragraaf zullen wij dit toelichten.

In de memorie van toelichting wordt gemeld dat de jurisprudentie op het gebied van externe aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders in grote lijnen aansluit bij de normen in art. 2:216 BW. Richtinggevend zou zijn Beklamel.⁴² Beklamel betrof aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde gebaseerd op een onrechtmatige daad. In deze uitspraak werd geoordeeld dat een bestuurder jegens derden aansprakelijk kan zijn voor schade indien hij bij het aangaan van een overeenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde door die wanprestatie zou leiden. In het kader van dividenduitkeringen wordt ook gewezen op Nimox⁴³ en Reinders Didam.⁴⁴ Onzes inziens ligt het iets genuanceerder.⁴⁵ Juist is de verwijzing naar Beklamel en Reinders Didam, beide betroffen bestuurdersaansprakelijkheid. De uitspraak van de Hoge Raad inzake Nimox - over externe aansprakelijkheid van de aandeelhouder jegens een derde - wordt echter met een ander criterium in verband gebracht, namelijk het "ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort".⁴⁶ Dit betreft een minder streng criterium dan het criterium uit Beklamel over externe bestuurdersaansprakelijkheid en het nieuwe art. 2:216 BW waardoor er eerder sprake zal zijn van aansprakelijkheid. Deze kanttekening

neemt niet weg dat wij de Beklamel norm zeker geschikter vinden voor de beoogde toepassing van art. 2:216 BW dan het Nimox criterium, omdat deze norm voorkomt dat in art. 2:216 BW gevallen al te snel aansprakelijkheid optreedt. Door het goedkeuringsvereiste zijn de aandeelhouders bovendien afhankelijk van het bestuur. Het bestuur wordt geacht op zorgvuldige wijze een besluit te nemen.

Het is dan ook redelijk dat voor aandeelhouders dezelfde norm geldt als voor het bestuur.

Een nog te beantwoorden vraag is of de voorgestelde norm van art. 2:216 BW er toe zal leiden dat de rechter bij een actie uit onrechtmatige daad in verband met een feitencomplex dat eveneens onder art. 2:216 BW valt, nog bereid zal zijn om het criterium uit Nimox toe te passen. Een andere vraag is of bijvoorbeeld curatoren niet de voorkeur zullen geven aan een vordering op grond van art. 2:248 BW en 6:162 BW. De tijd zal het leren.

2.5. *Vergelijking huidige regeling met de nieuwe uitkeringstest*

De gedachte is dat met de voorgestelde regeling tegemoet wordt gekomen aan de kritiek dat de huidige regeling geen adequate bescherming voor crediteuren biedt. Is het systeem van kapitaalbescherming inderdaad minder geschikt dan een systeem bestaande uit (alleen⁴⁷) een uitkeringstest?

37. Zo de nota naar aanleiding van het verslag van 24 oktober 2008, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 51.

38. Ook kan gedacht worden aan decharge, echter decharge heeft alleen interne werking. Decharge beschermt dus niet tegen bijvoorbeeld een vordering van een derde op grond van onrechtmatige daad. Bovendien bestaat het risico dat een dechargebesluit wordt vernietigd door bijvoorbeeld de curator.

39. Uit de nota naar aanleiding van het verslag van 24 oktober 2008 (*Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 10), blijkt dat de voorgestelde regeling van aansprakelijkheid van bestuurders in verband met de uitkeringstest een *lex specialis* is van de in art. 2:9 BW opgenomen regeling over aansprakelijkheid van bestuurders voor onbehoorlijke taakvervulling. Onbehoorlijke taakvervulling is impliciet een voorwaarde voor aansprakelijkheidsstelling op grond van het nieuwe art. 2:216 BW. Dit is verwoord als het goedkeuren van een uitkering waarvan men weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die ertoe leidt dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden.

40. Zie hierover J.N. Schutte-Veenstra, *Uitkeringsperikelen*, *Ondernemingsrecht* 2012/5 nr. 35.

41. Zie hierover ook J. Barneveld, *Flexibele regels inzake uitkeringen*, WPNR (2009) 6809, blz. 693-701.

42. HR 6 oktober 1989, nr. 13 618, NJ 1990, 286.

43. HR 8 november 1991, nr. 14278, NJ 1992, 174.

44. HR 6 februari 2004, nr. 02 278, JOR 2004/67.

45. Zie ook J. Barneveld, *Flexibele regels inzake uitkeringen*, WPNR (2009) 6809, blz. 693-701.

46. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, Kluwer 2009, nr. 844.

47. De aansprakelijkheidsregels bestaan al; zij worden gecodificeerd. Wat verandert, is dat bepaalde regels over kapitaalbescherming komen te vervallen.

Doel van het huidige systeem van kapitaalbescherming is om zoveel mogelijk een 'reservefonds' met een vaste omvang te garanderen ten behoeve van de crediteuren.⁴⁸ Het huidige kapitaalbeschermingsrecht bevat daartoe onder meer regels over de minimale grootte van dit reservefonds (minimumkapitaal) en regels die er op toe zien dat het reservefonds in stand wordt gehouden. Hoewel een minimumkapitaal in beginsel nog wel valt te verdedigen, omdat hierdoor degene die via een rechtspersoon met beperking van aansprakelijkheid wenst te handelen daarvoor als tegenprestatie enigerlei mate in de risico's moet delen, terwijl voorts een verplicht minimumkapitaal de minder serieuze oprichters afschrikt, brengt het huidige systeem om het minimumkapitaal in stand te houden in de praktijk hoge kosten met zich mee. Daarnaast is het gewenste resultaat, het in stand houden van het kapitaal, niet gegarandeerd. Verder kan ten nadele van het minimumkapitaal worden opgemerkt dat de omvang in de praktijk meestal niet passend is in relatie tot de ondernemingsrisico's waarvoor het wordt aangehouden. Is een systeem waarbij uitgegaan wordt van een uitkeringstest geschikter? Wij menen van wel. Waar het systeem van het kapitaalbeschermingsrecht probeert een reservefonds van een bepaalde omvang in stand te houden, dat in de praktijk meestal niet passend is in relatie tot de ondernemingsrisico's waarvoor het wordt aangehouden, leidt een uitkerings-test feitelijk tot een situatie waarbij een fictief reservefonds aanwezig moet zijn voordat uitkeringen mogelijk zijn. Het betreft echter een fluctuerend reservefonds, dat bij wijze van spreken qua omvang van dag tot dag kan wijzigen, afhankelijk van de in te schatten liquiditeitspositie van de vennootschap. De gecodificeerde uitkeringstest betreft een open norm die rekening houdt met alle omstandigheden van het geval. Dit brengt meer onzekerheid met zich, maar zal daardoor ook tot meer bewustwording bij het bestuur leiden. Het bestuur zal beter beseffen welke afweging zij geacht wordt te maken. Wij vinden dit een positieve ontwikkeling die goed aansluit bij het huidige maatschappelijke streven naar goed ondernemingsbestuur. Het gebrekkige, kostbare systeem van kapitaalbescherming dat uitgaat van strenge, niet-flexibele criteria steekt daar maar mager bij af. Wij zijn van mening dat de uitkeringstest daarom een beter, geschikter systeem is ter bescherming van crediteuren dan het stelsel van het huidige kapitaalbeschermingsrecht. Ten slotte, zou het nog toegevoegde waarde hebben om het systeem van kapitaalbescherming - in lijn met de huidige situatie - naast de uitkeringstest te laten bestaan? Opnieuw menen wij dat het antwoord ontkennend moet luiden. Het systeem van kapitaalbescherming is onnodig formalistisch en kostbaar. Bovendien staat het in sommige situaties geen uitkering toe, waar de uitkeringstest dat terecht wel doet. De uitkeringstest is daarom een juiste keuze.⁴⁹

3. Fiscale aspecten 'terugbetaling' onverantwoorde uitkering

3.1. Algemene opmerkingen

Het fiscale lot van de aansprakelijkheidssancties ex art. 2:216 BW is in een tamelijk laat stadium van de parlementaire behandeling aan de orde gekomen. De fiscale paragraaf in de memorie van toelichting op de invoeringswet zweeg opmerkelijk genoeg over de fiscale aspecten die zijn verbonden aan de hoofdelijke verbondenheid van bestuurders voor het tekort dat door een onverantwoorde uitkering is ontstaan.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor de fiscale aspecten die zijn verbonden aan de op aandeelhouders die de onverantwoorde uitkering hebben ontvangen rustende 'terugbetalingsverplichting'. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs drong bij zowel de Tweede als Eerste Kamer aan op duidelijkheid.⁵¹ Die is er uiteindelijk voor een groot deel gekomen in de aan de Tweede Kamer aangeboden nota naar aanleiding van het verslag bij de invoeringswet en de aan de Eerste Kamer aangeboden memorie van antwoord.⁵²

Van belang is dat de fiscale afwikkeling van de aansprakelijkheidssancties door de Staatssecretaris van Financiën volledig wordt gebaseerd op interpretatie van de bestaande belastingwetten. De staatssecretaris past het in de rechtspraak ontwikkelde leerstuk van de negatieve inkomsten toe. De aan de uitkeringstest gekoppelde potentiële (terug)betalingsverplichtingen hebben derhalve géén aanleiding gegeven tot een wetswijziging.⁵³ Wij betreuren dat. Zo is het leerstuk van de negatieve inkomsten allesbehalve uitgekristalliseerd.⁵⁴ Op enkele van de door de Staatssecretaris van Financiën ingenomen standpunten kan dan ook worden afgedongen. Maar het

48. Zie hierover ook J. Rickford, *Legal approaches to restricting distributions to shareholders: Balance sheet tests and solvency tests*, Volume 7:1 European Business Organization Law Review 2006.

49. Zo ook Chr.M. Stokkermans, *Verantwoorde uitkeringen*, WPNR (2012) 6933, blz. 415. Anders W.J.M. van Veen, *Vermogensbescherming bij de flex-BV: back to basics!*, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2, blz. 27.

50. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 426, nr. 3, blz. 7-12.

51. Zie de brieven van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB van 17 september 2010 en 11 november 2011, beschikbaar via www.nob.net.

52. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 39-41 en *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058/32 426, C, blz. 6.

53. Ook overige onderdelen van het flexibele bv-recht hebben geen aanleiding gegeven tot een fiscale wetswijziging: zie voor kritiek hierop J.L. van de Streek, *De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 1 en 2)*, WFR 2011/6911 en 6912. Zie ook G.T.K. Meussen, *Fiscale aspecten van de invoering van de flex-bv (een tussenstand)*, WPNR (2011) 6870, blz. 38-46, die zijn bezorgdheid over de fiscale uitwerking reeds in een vroeg stadium uitte.

54. Zie recent voor de loonsfeer A.L. Mertens, *Plaats en reikwijdte van het negatief loonbegrip*, FED 2012/47.

belangrijkste is dat door een fiscale codificatie van de door de Staatssecretaris van Financiën gewenste fiscale behandeling, de rechtszekerheid zou zijn gebaat. Het had naar onze mening dan ook aanbeveling verdiend als in de Wet IB 2001, de Wet Vpb 1969 en de Wet Div.bel. 1965 expliciet zou zijn aangegeven hoe moet worden omgegaan met de aansprakelijkheidssancties. Een verwijzing naar een civiel-juridische figuur in een belastingwet zou bovendien geen novum zijn geweest: dergelijke verwijzingen komen vaker voor.

Hieronder gaan wij achtereenvolgens in op de fiscale positie van een aanmerkelijkbelanghouder (3.2), bestuurder (3.3) en een vennootschapsbelastingplichtig lichaam (3.4). In par. 3.5. besteden wij aandacht aan de dividendbelasting die voor buitenlandse aandeelhouders vaak eindheffing is. De fiscale positie van de BV, die de schadevergoeding ontvangt, komt aan bod in par. 3.6.

3.2. Aanmerkelijkbelanghouder

Het door een natuurlijk persoon gehouden aandelenbezit valt - afgezien van bijzondere situaties - in box 2 of in box 3 van de Wet IB 2001. Alléén als het aandelenbezit in box 2 in aanmerking wordt genomen, rijst de vraag of het door de aandeelhouder te vergoeden tekort dat door een 'onverantwoorde' uitkering is ontstaan, leidt tot een aftrekpost. In box 3 is een dergelijke aftrek per definitie niet aan de orde omdat wordt uitgegaan van een fictief rendement.⁵⁵ Van een aanmerkelijkbelangpakket in box 2 is in beginsel sprake bij een bezit van 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal.⁵⁶

Wat zijn de consequenties van de terugbetaling door een aanmerkelijkbelanghouder van een ontvangen onverantwoord dividend? Volgens de Staatssecretaris van Financiën kan de aanmerkelijkbelanghouder bij daadwerkelijke betaling een negatief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking nemen.⁵⁷ De staatssecretaris wijst in dit verband op een belangrijk precedent, te weten HR 20 januari 1988, nr. 24 304, BNB 1988/122. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat een door een aandeelhouder verplichte terugbetaling van dividend, in aftrek kon worden gebracht als negatieve opbrengst van vermogen ex art. 24 Wet IB 1964 (oud). In casu was de uitkering van dividend in strijd met art. 2:217 lid 2 (oud) BW, zodat een terugbetalingsverplichting ontstond uit hoofde van onverschuldigde betaling.⁵⁸ Als gevolg van de toepassing van het leerstuk van de negatieve inkomsten, is het naar onze mening goed denkbaar dat het negatieve voordeel uit aanmerkelijk belang - bij gebrek aan (voldoende) positieve voordelen in het jaar van terugbetaling - uitmondt in een aanmerkelijkbelangverlies, waarvan het verrekeningspotentieel is gebonden aan allerlei beperkende voorwaarden.⁵⁹

Wij vragen ons daarom af of op grond van HR 13 oktober 1937, B. 6504 nog steeds kan worden betoogd dat zolang te verwachten is dat de terugbetaling zal plaatsvinden, het dividend überhaupt

niet is belast.⁶⁰ Het arrest betrof een geval waarin het een naamloze vennootschap op grond van art. 42e (oud) Wetboek van Koophandel vanwege haar verliespositie verboden was een uitkering te doen. De Hoge Raad besliste dat het desondanks uitgekeerde bedrag niet als een opbrengst van aandelen kon worden gezien omdat terugbetaling mocht worden verwacht. Dat dit oude arrest nog steeds geldingskracht heeft, lijkt te kunnen worden opgemaakt uit het voor een andere - maar vanuit het leerstuk van de negatieve inkomsten vergelijkbare - inkomensbron gewezen arrest HR 21 december 1988, nr. 25 891, BNB 1989/20. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat als ten onrechte ontvangen loon binnen een redelijke termijn wordt terugbetaald door de belastingplichtige, dit loon niet als belast loon kan worden aangemerkt. Voor de goede orde zij opgemerkt dat in een dergelijk geval niet wordt toegekomen aan de aftrek als negatieve inkomst. Dat is overigens ook het geval als de onverantwoorde uitkering uit het vermogen onbelast is gebleven omdat het een kapitaalruggeef betrof ex art. 2:208 BW.⁶¹ De terugbetaling kan niet worden aangemerkt als een negatief voordeel uit aanmerkelijk belang.⁶² De terugbetaling wordt in dat geval fiscaal als een kapitaalstorting beschouwd, die de verkrijgingsprijs ex art. 4.21 Wet IB 2001 van de aandelen verhoogt.⁶³ Wat betreft de fiscale behandeling van door een aanmerkelijkbelanghouder verschuldigde wettelijke rente over de terugbetaalde uitkering, is de Staatssecretaris van Financiën uitermate karig. Naar zijn mening is de rente in box 2 niet aftrekbaar als bron-gerelateerde kostenpost ex art. 4.15 Wet IB 2001.⁶⁴

55. De terugbetalingsverplichting vermindert uiteraard wel de rendementsgrondslag ex art. 5.3 Wet IB 2001.

56. Dus afgezien van de partner-, meesleep-, meetrek- en fictiefaanmerkelijkbelangregeling (zie art. 4.6, art. 4.9, art. 4.10 en art. 4.11 Wet IB 2001). Wij wijzen erop dat gebruikmaking van het flexibele bv-recht - zoals de incorporatie van aandeelhoudersovereenkomsten op de voet van het nieuwe art. 2:192 BW - onder omstandigheden ertoe kan leiden dat een aandelenbezit van minder dan 5% toch wordt aangemerkt als een aanmerkelijk belang. Dit effect wordt veroorzaakt door de soortregeling van art. 4.7 Wet IB 2001. Zie *Kamerstukken I*, 2010-2011, 31 058 en 32 426, C, blz. 3-4.

57. *Kamerstukken II*, 2012-2011, 32 426, nr. 7, blz. 39.

58. Op grond van deze bepaling was het niet toegestaan winst uit te keren indien een jaar een verlies is geleden dat niet uit een reserve of op andere wijze kan worden gedelgd.

59. Zie art. 4.47 tot en met art. 4.53 Wet IB 2001.

60. Zie ook J.L. van de Streek, *De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 2)*, WFR 2011/6912.

61. Zie art. 4.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 voor de voorwaarden voor een onbelaste kapitaalruggeef.

62. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

63. Die hogere verkrijgingsprijs vergroot een eventueel later te nemen liquidatieverlies in box 2. Ook hier kan men in de praktijk tegen de beperkingen aanlopen ten aanzien van het verrekeningspotentieel.

64. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

In wetstechnische zin: de rente kan niet worden aangemerkt als te zijn gemaakt ter verwerving, inning of behoud van aanmerkelijkbelanginkomen. Wij vinden deze uitleg onbevredigend, alleen al omdat de rente aan de ontvangstkant, dat wil zeggen bij de BV, is belast met vennootschapsbelasting (zie par. 3.6 hier-na). Wij hopen dat een rechter in een voorkomend geval toch een mogelijkheid ziet de door de aanmerkelijkbelanghouder betaalde rente fiscaal te vergelden. Dat hoeft overigens niet per se als bron-gelateerde kostenpost. Het is naar onze mening denkbaar dat de betaalde rente meetelt als negatief voordeel uit aanmerkelijk belang.⁶⁵

3.3. *Bestuurder natuurlijk persoon*

Een bestuurder die is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door een onverantwoorde uitkering is ontstaan, kan volgens de Staatssecretaris van Financiën het betaalde bedrag als negatief loon aftrekken van het inkomen uit werk en woning (box 1).⁶⁶

De staatssecretaris trekt een parallel met HR 27 september 2000, nr. 34 934, BNB 2001/8 en leidt daaruit enkele additionele voorwaarden af, waaraan - zo dunkt ons - in de meeste gevallen zal zijn voldaan. Het arrest betrof een commissaris die op grond van art. 2:138 (oud) BW was gehouden tot betaling van een schadevergoeding aan 'zijn' naamloze vennootschap vanwege grove schuld/grove nalatigheid bij zijn taakvervulling. De Hoge Raad merkte de schadevergoeding aan als negatief loon ex art. 10 Wet LB 1964. De schadevergoeding hield voldoende verband met de (fictieve) dienstbetrekking omdat de commissaris binnen het kader van zijn wettelijk en statutair voorgeschreven taakuitoefening was gebleven en de verplichting tot betaling van de schadevergoeding haar oorzaak vond in de wijze van vervulling van de (fictieve) dienstbetrekking. Als dit ook het geval is bij de bestuurder, kwalificeert volgens de Staatssecretaris van Financiën de door de bestuurder op de voet van art. 2:216 lid 3 BW betaalde schadevergoeding als negatief loon. Wij wijzen erop dat het feit dat de schadevergoeding op geen enkele wijze is afgestemd op of in verband kan worden gebracht met de bestuurdersbeloning, de aftrek als negatief loon niet dwarsboomt.⁶⁷ Dat was namelijk ook niet het geval bij de commissaris in HR 27 september 2000, nr. 34 934, BNB 2001/8. De staatssecretaris besteedt ten slotte aandacht aan de samenloop met de aandeelhoudersaansprakelijkheid (zie art. 2:216 lid 3 vierde volzin BW). Als een bestuurder uit hoofde van zijn regresvordering op een aandeelhouder 'te kwader trouw' een vergoeding ontvangt, zal volgens de staatssecretaris deze vergoeding als positief loon in box 1 in aanmerking moeten worden genomen. Per saldo verloopt de afwikkeling voor de bestuurder dan fiscaal neutraal.⁶⁸ Intussen rijst de vraag wat rechtens is als de bestuurder tevens aandeelhouder is.⁶⁹ Aan deze in de praktijk veel voorkomende situatie wordt in de parlementaire behandeling geen aandacht besteed. Als de aandeelhouder (ook) in hoedanigheid van

bestuurder aansprakelijk wordt gehouden, dreigt op het eerste gezicht het fiscaal onevenwichtige effect dat het 'terugbetaalde dividend' aftrekbaar is in box 1 tegen het progressieve tarief van maximaal 52%, terwijl het dividend slechts in de heffing is betrokken tegen het 25%-tarief van box 2. Wij verwachten dat de Hoge Raad bij een samenloop van de aandeelhouders- en bestuurdersaansprakelijkheid bereid zal zijn dit dreigende heffingslek de pas af te snijden. Zo besliste de Hoge Raad reeds in HR 25 november 2005, nr. 40 213, BNB 2006/94 en HR 25 november 2005, nr. 41 197, BNB 2006/95 dat negatieve inkomsten slechts aftrekbaar zijn voor zover de positieve inkomsten waarmee zij in rechtstreeks verband staan in de belastingheffing zijn betrokken. Dit rechtstreekse verband valt moeilijk te ontkennen als de bestuurder en aandeelhouder zijn verenigd in één persoon. Zelfs als de curator het tekort bij de BV 'oplost' via de bestuurdersaansprakelijkheid sec (en de aandeelhoudersaansprakelijkheid laat rusten omdat de bestuurder tevens aandeelhouder is), is het naar onze mening denkbaar dat voor fiscale doeleinden het door de bestuurder betaalde bedrag in aanmerking wordt genomen als ware hij aansprakelijk gesteld als aandeelhouder. Aftrek in box 1 als negatief loon is dan van de baan: het betaalde bedrag vormt een aftrekpost in box 2. Daarvoor is natuurlijk wel vereist dat de bestuurder ook als aandeelhouder wist of redelijkerwijze behoorde te voorzien dat de BV na de uitkering niet zou kunnen voortgaan voor met het betalen van de schulden. Evenals de door een aandeelhouder verschuldigde wettelijke rente, is volgens de Staatssecretaris van Financiën de door een bestuurder verschuldigde wettelijke rente ex art. 2:216 lid 3 BW niet aftrekbaar.⁷⁰ De rente zou onvoldoende causaal verband

65. Het voor de loon- en inkomstenbelasting gewezen arrest HR 10 juni 2005, nr. 38 430, BNB 2005/266 dwarsboomt dit naar onze mening geenszins. Het arrest betrof een belastingplichtige die de hypothecaire lening op zijn woning verhoogde om door hem bij zijn werkgever verduisterde gelden te kunnen terugbetalen. De Hoge Raad besliste dat de financieringsrente - anders dan de terugbetaling van de verduisterde gelden - fiscaal niet kon worden vergolden als negatieve inkomst omdat de rente in een te ver verwijderd verband stond tot de voorheen genoten inkomsten. In onze optiek is het verband tussen de rente en de ontvangen verantwoorde uitkering beduidend sterker dan het verband in HR 10 juni 2005, nr. 38 430, BNB 2005/266 tussen de rente en de verduisterde gelden.

66. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

67. Anders: L.J.J. van Kruiningen, *Verschijningsvormen van negatief loon*, MBB, 2005, nr. 5, blz. 200-205.

68. Overigens kan worden betoogd dat er überhaupt geen negatieve looncomponent ontstaat bij de bestuurder voor zover hij een regresvordering krijgt op een aandeelhouder.

69. Zie ook J.W.E. Litjens, *Akte van statutenwijziging: de fiscale gevolgen van teruggaaf van agio (deel 2)*, FBN 2011/54.

70. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

houden met de dienstbetrekking. Zoals gezegd in par. 3.2, twijfelen wij over de juistheid van dit standpunt.

3.4. *Vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder*

Bij een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder van de BV moet grosso modo een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet Vpb. 1969 van toepassing is en die waarin dat niet het geval is. De deelnemingsvrijstelling geldt in beginsel bij een aandelenbezit vanaf 5% van het nominaal gestorte kapitaal in de BV.⁷¹ Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is de ontvangen winstuitkering vrijgesteld. Een terugbetaling van de uitkering op de voet van het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW vormt volgens de Staatssecretaris van Financiën dan een niet-aftrekbaar negatief voordeel uit deelneming.⁷² Wij wijzen erop dat min of meer vergelijkbare benadering lijkt te worden gehanteerd door de Hoge Raad in de sfeer van de loonbelasting. Terugbetaling door een werknemer van niet aan de loonbelasting onderworpen inkomen - zoals een vrijgestelde verhuiskostenvergoeding - kan volgens de jurisprudentie niet tot negatief loon leiden.⁷³ Het dunkt ons overigens dat de terugbetaling van een onverantwoorde uitkering ook niet leidt tot een aftrekpost als die onverantwoorde uitkering om een andere reden buiten de heffing van vennootschapsbelasting is gebleven, bijvoorbeeld omdat het een 'meegekocht' dividend betrof of een kapitaal teruggaaf.⁷⁴ Is een onverantwoorde winstuitkering daarentegen tot de belastbare winst gerekend, dan zal een terugbetaling in een later jaar op de winst in aftrek mogen worden gebracht.⁷⁵ Goed koopmansgebruik lijkt overigens toe te staan om reeds in het jaar van de ontvangst van de onverantwoorde winstuitkering rekening te houden met de (verwachte) terugbetalingsverplichting.⁷⁶ Dit kan door middel van de vorming van een voorziening ten laste van de winst.

De door een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder betaalde wettelijke rente is - evenals alle rentebetalingen - in beginsel aftrekbaar van de winst. Meteen moet worden opgemerkt dat de renteaftrekbeperking in verband met kasrondjes binnen het concern (art. 10a Wet Vpb. 1969) de aftrek van rente in beginsel uitsluit als de uitkerende BV en de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder met elkaar 'verbonden' zijn.⁷⁷ Op grond van art. 10a lid 1 onderdeel a Wet Vpb. 1969 is de betaalde rente op een intercompany-schuld niet aftrekbaar als die schuld verband houdt met een intercompany-winstuitdeling, tenzij zowel aan de schuld als de winstuitdeling zakelijke (lees: niet-fiscale) overwegingen ten grondslag liggen. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat de renteaftrek slechts met art. 10a Wet Vpb. 1969 (of *fraus legis*) zal worden bestreden in situaties waarin op gekunstelde wijze via een 'onverantwoorde' winstuitkering wordt

geprobeerd renteaftrek te creëren.⁷⁸ Het probleem is evenwel dat de bewijslast dat art. 2:216 lid 3 BW niet vanwege fiscale motieven is 'gebruikt', in de praktijk op de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder rust.⁷⁹

3.5. *Buitenlandse aandeelhouders voor wie de dividendbelasting eindheffing is*

Omdat de dividendbelasting in veel gevallen een voorheffing is op de inkomsten- en vennootschapsbelasting, drukt deze niet op de aandeelhouder (natuurlijke personen of lichamen). In de gevallen waarin de dividendbelasting functioneert als eindheffing, rijst de vraag hoe moet worden omgegaan met de op een onverantwoorde uitkering door de BV ingehouden dividendbelasting, welke uitkering later wordt terugbetaald. Het gaat kort gezegd om (1) buitenlandse aandeelhouders/natuurlijke personen met een aandelenbezit van minder dan 5%, (2) buitenlandse aandeelhouders/lichamen met een aandelenbezit van minder dan 5% en (3) buitenlandse aandeelhouders/lichamen met een aandelenbezit van 5% of meer dat tot ondernemingsvermogen behoort of dat niet wordt gehouden vanwege belastingontwijkingsmotieven.⁸⁰

De kwestie is aan de orde gekomen tijdens de behandeling van de wetsvoorstellen in de Eerste Kamer.⁸¹ Volgens de Staatssecretaris van Financiën moet gewoon dividendbelasting worden ingehouden op een 'onverantwoorde' uitkering. De staatssecretaris heeft de jurisprudentie aan zijn zijde. Zo besliste de Hoge Raad in 24 augustus 1999, nr. 34 547, BNB 2000/49 dat een in strijd met de huidige kapitaal-

71. Zie art. 13 lid 2 Wet Vpb. 1969.

72. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

73. Zie HR 20 mei 1981, nr. 20 551, BNB 1983/110, Hof 's Gravenhage 22 januari 1982, nr. 142/81, BNB 1983/110, HR 25 november 2005, nr. 40 213, BNB 2006/94 en HR 25 november 2005, nr. 41 197, BNB 2006/95.

74. Dergelijke uitkeringen worden in de fiscale winstsfeer afgeboekt op de kostprijs van de aandelen: zie HR 5 december 1984, nr. 22 486, BNB 1986/351 en HR 17 augustus 1994, nr. 29 071, BNB 1994/299.

75. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

76. Zie bijvoorbeeld HR 21 april 1982, nr. 20 986, BNB 1982/212 waarin de Hoge Raad een assurantietussenpersoon toestond via een voorziening rekening te houden met een eventuele terugbetalingsverplichting van ontvangen provisies.

77. Dat is het geval als de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder een belang van ten minste 1/3 heeft in de uitkerende BV.

78. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 12.

79. En wel omdat niet zal kunnen worden voldaan aan de zogenoemde '10%-toets' ex art. 10a lid 3 onderdeel b Wet Vpb. 1969 vanwege de doorgaans in een verliespositie verkerende BV die onverantwoord uitkeerde.

80. Uiteraard kunnen de mogelijkheden voor Nederland om dividendbelasting te heffen worden ingeperkt door belastingverdragen of de Europese moeder/dochterrichtlijn. Voorts voorziet de Wet Div.bel. 1965 in vrijstellingen (art. 4) en een teruggaafregeling (art. 10).

81. *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058 en 32 426, C, blz. 6.

beschermingsregels uitgekeerd dividend - ondanks de terugbetaling wegens nietigheid - niet in de weg staat aan de constatering van een belastbaar feit voor de heffing van dividendbelasting. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs pleitte voor de opname van een teruggaafregeling in de Wet Div.bel. 1965 op grond waarvan de geheven dividendbelasting door de fiscus wordt teruggegeven aan de aandeelhouder zodra hij die de onverantwoorde uitkering terugbetaalt. De Staatssecretaris van Financiën wenst echter voor deze specifieke situatie geen inbreuk te maken op het objectieve stelsel dat aan de Wet Div.bel. 1965 ten grondslag ligt.⁸²

3.6. De fiscale positie van de BV

Hierboven is al aan de orde gekomen dat de door de BV ontvangen wettelijke rente belast is voor de heffing van vennootschapsbelasting (zie par. 3.2). Het feit dat de betaalde rente bij een aanmerkelijk-belanghouder, bestuurder natuurlijk persoon of een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder niet aftrekbaar is, staat hieraan niet in de weg. De vraag rijst of de door de BV ontvangen schadevergoeding óók wordt getroffen met vennootschapsbelasting. Het antwoord luidt ontkennend.⁸³ Dat komt ons logisch voor als er een aandeelhouder te kwader trouw in het spel is. Het aan een aandeelhouder uitgekeerd onverantwoord dividend is - evenals een uitgekeerd verantwoord dividend - bij de BV niet aftrekbaar. Het op de voet van art. 2:216 lid 3 BW verplicht terugdraaien daarvan via een door de aandeelhouder betaalde schadevergoeding aan de BV, is vervolgens bij de BV onbelast. Beide vermogensverschuivingen - het onverantwoorde dividend en de terugbetaling - spelen zich af in de onbelaste kapitaalsfeer van de BV. Het dividend is een onttrekking en de terugbetaling is een zogenoemde 'negatieve onttrekking'.

Als de aandeelhouders vrij uitgaan omdat alleen het bestuur ten tijde van de uitkering wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de BV na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden, ligt de kwestie naar onze mening anders. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is echter de door de bestuurder aan de BV betaalde schadevergoeding ook in dit geval niet bij de BV belast. Hij merkt op dat ook in het geval de betaling door de bestuurder geschiedt, de ontvangst daarvan geen voordeel uit onderneming is in de zin van art. 3.8 Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1 Wet Vpb. 1969.⁸⁴ Naar onze mening kan aan de juistheid van dit standpunt worden getwijfeld. In het systeem van de vennootschapsbelasting lijken namelijk alleen onbelaste voordelen voor te kunnen komen die zijn terug te voeren op de relatie met de aandeelhouder.⁸⁵

Het zou ons overigens niet verbazen als de onbelastbaarheid van een door een bestuurder aan de BV betaalde vergoeding (gekunstelde) constructies uitlokt. Gedacht kan worden aan een geval waarin een bestuurder - al dan niet in het kader van een doorstart van de BV - de aandelen van de bestaande aan-

deelhouders overneemt. Voorafgaand aan deze 'management buy-out' wordt een onverantwoord groot dividend uitgekeerd aan de (oude) aandeelhouders, waarmee zij in feite zijn uitgekocht. Voor de bestuurder die aansprakelijk wordt gehouden voor het onverantwoorde dividend, kan de betaalde schadevergoeding aan de BV in feite (een deel van) de aankoopprijs voor de aandelen vormen. Die aankoopprijs wordt echter niet als verkrijgingsprijs van een aanmerkelijkbelangpakket in box 2 aangemerkt, maar als negatief loon in box 1, en is bovendien onbelast bij de BV. Het beoogde fiscale voordeel bedraagt aldus maximaal 27% (52% - 25%).⁸⁶

4. Afsluiting

Met de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de bijbehorende invoeringswet is een belangrijke pijler van de modernisering van het ondernemingsrecht afgerond. Als wij de civiele en fiscale aspecten van de uitkeringstest vanuit beleidsmatige optiek overzien, valt op dat er is gemeten met twee maten. De in het nieuwe art. 2:216 BW opgenomen uitkeringstest beoogt bij de civielrechtelijke jurisprudentie over onverantwoorde uitkeringen aan te sluiten en deze te codificeren. Waarom is hiervoor gekozen? Steevast luidde het antwoord van de Minister van Justitie en Veiligheid dat hiermee de aansprakelijkheid niet wordt verzwaard, maar nader wordt ingevuld en verduidelijkt. Daar valt naar onze mening vanuit de kenbaarheid van regelgeving - en daarmee de rechtszekerheid - veel voor te zeggen. Deze gecodificeerde uitkeringstest betreft een open norm die beter dan de vervallen regels van kapitaalbescherming rekening houdt met alle omstandigheden van het geval en tot meer bewustwording bij het bestuur zal leiden. Het bestuur zal beter beseffen welke afweging zij geacht wordt te maken. Wij vinden dit een positieve ontwikkeling die goed aansluit bij het huidige maatschappelijke streven naar goed ondernemingsbestuur. Wel vragen wij ons af of het huidige bouwwerk van aansprakelijkheidsnormen, waaraan vele incidentele aanpassingen zijn doorgevoerd, niet aan een grondige opknapbeurt toe is. Het lijkt zinvol dat hier een separaat onderzoek naar wordt uitgevoerd.

De fiscale aspecten van de uitkeringstest zijn opmerkelijk genoeg niet meegenomen bij de codificatie.

82. *Kamerstukken I*, 2011-2012, 31 058 en 32 426, C, blz. 6.

83. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

84. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 40.

85. Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 2002, nr. 36 453, BNB 2002/290.

86. Mogelijk kan de fiscus door de constructie heenprikken met bijzondere rechtsmiddelen. Daarvoor lijkt in elk geval vereist dat de bestuurder en de (oude) aandeelhouders het op een akkoordje hebben gegooid.

In plaats daarvan wordt vertrouwd op het in de fiscale jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van de negatieve inkomsten. Dit leerstuk is bepaald niet uitgekristalliseerd en heeft in potentie onevenwichtige gevolgen. Wij begrijpen niet dat het fiscale lot van de - ingrijpende - sancties bij overtreding van de uitkeringstest, niet eveneens is gecodificeerd in de rijksbelastingwetten. Dan hadden de scherpe kantjes er meteen van kunnen worden afgehaald, zoals het fiscaal niet 'kwijt' kunnen van de door een aandeelhouder of bestuurder verschuldigde wettelijke rente. Nu is een aandeelhouder of bestuurder aan-

gewezen op de rechter. Voorts zou via een codificatie buiten iedere twijfel kunnen worden verheven dat een door een bestuurder betaalde schadevergoeding aan de BV, bij de BV niet tot heffing van vennootschapsbelasting leidt. Die onbelastbaarheid is nu slechts verwoord als een standpunt in de parlementaire geschiedenis, waaraan de fiscus en de Hoge Raad niet zijn gehouden. Los hiervan vergt de gang van zaken in gevallen waarin het nieuwe art. 2:216 BW wordt toegepast, extra alertheid van de fiscus. Sommige fiscale gevolgen van art. 2:216 BW lokken gekunstelde constructies uit.