

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID BIJ (DIVIDEND-)UITKERINGEN

Een balans en de eerste rechtspraak



Mr. K. Harmsen, advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen, gespecialiseerd in het ondernemingsrecht.

Het uitkeren van dividend is de resultante van een goed draaiende onderneming. Nieuwe regels inzake de toelaatbaarheid van dividendumuitkeringen creëren aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico's, maar bieden bestuurders tegelijkertijd weinig houvast. Dit artikel geeft invulling aan de nieuwe regels en behandelt de eerste rechterlijke toepassing.

INLEIDING

Het uitkeren van dividend is de resultante van een goed draaiende onderneming. Onder het op 1 oktober 2012 in werking getreden Flex-BV-recht¹ geldt een nieuwe regeling voor het doen van uitkeringen aan aandeelhouders. Het voormalige systeem van crediteurenbescherming, bestaande uit een balanstest en een wettelijk minimumkapitaal, is afgeschaft. Nu geldt een beperkte balanstest en een nieuw ingevoerde uitkeringstest, uit te voeren door het bestuur.

Deze nieuwe regels inzake de toelaatbaarheid van dividendumuitkeringen creëren aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico's, maar bieden bestuurders tegelijkertijd weinig houvast.

De invoering van deze nieuwe regeling was omstreven, wat wel blijkt uit de uitgebreide parlementaire behandeling, twee nota's van wijziging en diverse amendementen op het oorspronkelijke wetsvoorstel. Nu, 4,5 jaar na invoering, wordt nog volop gediscussieerd over de invulling en uitwerking van de beperkte balanstest en de uitkeringstest. In dit artikel maak ik de balans op en behandel ik de eerste rechterlijke toepassing.

UITKERINGEN ONDER HET OUDE RECHT: DE BALANSTEST

Voor de invoering van de Flex-BV bestond een systeem van kapitaalbescherming waarbij het een besloten vennoot-

schap (hierna: 'vennootschap') slechts toegestaan was uitkeringen te doen aan aandeelhouders voor zover het eigen vermogen groter was dan de som van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves (de 'balanstest'). Uitkeringen in strijd met deze balanstest waren nietig, zodat het uitbetaalde bedrag kon worden teruggevorderd op grond van onverschuldigde betaling.

Er bestond echter in toenemende mate kritiek op dit systeem van kapitaalbescherming. Het zou crediteuren geen adequate bescherming, maar slechts schijnzekerheid bieden. Aandeelhouders, met name ook activistische aandeelhouders zoals private equity partijen, zouden onze ondernemingen volgens de media strippen, stropen en slopen.² In de literatuur werd geschreven dat sprake zou zijn van een 'soort gelegaliseerde roof, waar wij een halt aan moeten toeroepen'.³ Ook de rechtspraak deed een duit in het zakje. Op 27 mei 2010 oordeelde de Ondernemingskamer dat in de periode van toetreden, optreden en uittreden van private equity aandeelhouder APAX in PCM sprake is geweest van wanbeleid, doordat APAX deze vennootschap na haar uittreding als aandeelhouder op het randje van faillissement achterliet, terwijl zij zelf in drie jaar tijd met een initiële investering van € 140 miljoen een rendement behaalde van € 130 miljoen (een *internal rate of return* van meer dan 30% per jaar).⁴

Aldus kon het oude systeem van kapitaalbescherming niet voorkomen dat aandeelhouders veel vermogen aan vennootschappen onttrokken, soms zelfs in zodanige mate dat vennootschappen failleerden en crediteuren het nakijken hadden.

UITKERINGEN ONDER HET FLEX-BV-REGIME: DE BEPERKTE BALANSTEST EN DE NIEUWE UITKERINGSTEST

Deze kritiek gaf aanleiding om onder de Flex-BV de balanstest en het wettelijk minimumkapitaal als instrumenten voor crediteurenbescherming te laten vervallen. In plaats daarvan is een beperkte balanstest en een uitkeringstest met daaraan gekoppelde aansprakelijkheid voor bestuurders in het leven geroepen om in de bescherming van schuldeisers te voorzien. Ook aandeelhouders gaan onder de Flex-BV niet vrijuit. Voor hen geldt een terugbetalingsverplichting indien zij de uitkering niet te goeder trouw ontvingen.

De nieuwe regeling is opgenomen in art. 2:216 Burgerlijk Wetboek.⁵ Dit artikel ziet op alle soorten uitkeringen, zowel van reserves, als op uitkering van de jaarwinst en interim-dividenduitkeringen. In art. 2:216 lid 1 BW is de nieuwe, beperkte balanstest opgenomen. De beperking is erin gelegen dat aan het geplaatste en opgevraagde deel van het kapitaal geen betekenis meer toekomt bij het bepalen van de grenzen waarbinnen uitkeringen zijn toegestaan. Enkel de reserves die de vennootschap op grond van de wet of statuten moet aanhouden zijn van belang. Te denken valt aan de herwaarderingsreserve en de deelnemingsreserve. Een opsomming van wettelijke reserves is te vinden in art. 2:373 lid 4 BW. Dit belang is echter relatief. Wettelijke reserves kunnen immers worden omgezet in kapitaal en statutaire reserves kunnen worden opgeheven door de statuten te wijzigen.

Opmerkelijk genoeg is rond dezelfde tijd voor private equity-partijen en andere beheerders van beleggingsinstellingen (zoals vastgoedfondsen en institutionele fondsen) een bestuursrechtelijke balanstest ingevoerd, waarvan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal wél onderdeel uitmaken. Dit betreft het als gevolg van de AIFM-richtlijn in art. 4:37v en 4:37z Wet op het financieel toezicht opgenomen verbod op *asset-stripping*, dat geldt gedurende 24 maanden nadat de beleggingsinstelling 'controle' verkrijgt.⁶

Indien de uitkering op grond van de beperkte balanstest is toegestaan, dient het door de algemene vergadering van aandeelhouders genomen besluit tot uitkering te worden goedgekeurd door het bestuur van de vennootschap. Dit is opgenomen in art. 2:216 lid 2 BW. Zonder deze bestuurlijke goedkeuring heeft het uitkeringsbesluit geen gevolgen. Het bestuur mag goedkeuring slechts weigeren 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.

NEGATIEF EIGEN VERMOGEN

Als gevolg van de beperkte balanstest zijn in de situatie dat de vennootschap géén wettelijke of statutaire reserves kent, in beginsel ook uitkeringen die leiden tot een negatief eigen vermogen mogelijk. Voor zover de vennootschap door de uitkering niet in betalingsmoeilijkheden komt en de uitke-

ring dus voldoet aan de uitkeringstest, kunnen te verwachten winsten aldus worden uitgekeerd vóórdat deze gerealiseerd zijn en zonder dat zeker is dat deze zich daadwerkelijk zullen realiseren. Een dergelijke uitkering komt dan feitelijk ten laste van het vreemd vermogen; vermogen dat in economische zin niet aan de aandeelhouders maar aan de crediteuren toebehoort. Het bijzondere hieraan is dat de economische aanspraken die verbonden zijn aan een aandeel niet langer alleen een aanspraak geven op het eigen vermogen van de vennootschap, maar feitelijk dus ook op het vreemd vermogen. Daar komt bij dat het bestuur die aanspraken enkel mag weigeren indien dit tot betalingsproblemen leidt.

Hoewel de wetgever in de toelichting erkent dat uitkeringen die leiden tot een negatief eigen vermogen mogelijk zijn,⁷ kan men zich afvragen of deze ingrijpende conceptuele wijziging van het begrip aandeel wel voldoende doordacht is.⁸ Ook is een waarschuwing voor bestuurders op zijn plaats. Het is allerminst uit te sluiten dat het goedkeuren van een uitkering waardoor een negatief eigen vermogen ontstaat, toch leidt tot aansprakelijkheid van de bestuurders. Zeker indien een faillissement volgt en crediteuren het nakijken hebben. Ontstaat er geen aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW, dan kwalificeert het onder omstandigheden wellicht wel als 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' als bedoeld in art. 2:248 BW, waardoor bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor het tekort in faillissement.

UITKERINGSTEST EN BESTUURLIJKE GOEDKEURING

Doordat de uit te voeren uitkeringstest de verantwoordelijkheid van het bestuur is, hebben zij onder de Flex-BV een aanzienlijk omvangrijkere verantwoordelijkheid (en mogelijke aansprakelijkheid) bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders dan voorheen het geval was. Mede ingegeven door het bijbehorende aansprakelijkheidsrisico zullen bestuurders de uitkeringstest zorgvuldig willen uitvoeren. De wet biedt echter weinig houvast voor de invulling van de uitkeringstest. Bestuurders zijn derhalve aangewezen op de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak. Aangezien rechtspraak nog nauwelijks beschikbaar is, blijft de parlementaire geschiedenis vooralsnog de primaire bron van informatie.

In algemene zin stelt de wetgever dat een redelijk handelend bestuurder die de boekhouding op orde heeft en op basis daarvan tot een redelijk en onderbouwd oordeel komt over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdeheid van de uitkering, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de schuldeisers, geen aansprakelijkheid hoeft te vrezen.⁹

Toch dient een bestuurder niet te gemakkelijk te denken over de uitvoering van de uitkeringstest. Uit onderstaande opsomming van eisen, gebaseerd op de parlementaire geschiedenis, volgt namelijk dat van het bestuur wel degelijk behoorlijk wat wordt verwacht:

- De uitkeringstest dient te worden uitgevoerd aan de hand van financiële maatstaven, zoals de liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit van de vennootschap.
- Het bestuur dient de financiële situatie van de vennootschap te beoordelen aan de hand van de specifieke financiële omstandigheden binnen de vennootschap.

- Het bestuur dient zelf te bepalen op basis van welke financiële documenten de beoogde uitkering wordt beoordeeld. De wetgever geeft aan dat het voor de hand ligt dat de vastgestelde jaarrekening als basis wordt gehanteerd bij uitkering van jaardividend; bij interim-dividend kan een tussentijdse vermogensopstelling een gedegen basis vormen.
- In de uitkeringstest moeten niet enkel de schulden worden betrokken die op het moment van uitkering opeisbaar zijn, maar ook schulden waarvan men redelijkerwijs behoort te voorzien dat deze de komende tijd opeisbaar zullen worden.
- Bij het meewegen van mogelijke toekomstige verplichtingen is tevens van belang of de vennootschap daartegen verzekerd is of anderszins beschermd is tegen verliezen.
- De periode waarover de beoordeling zich zal moeten uitstrekken, zal in de regel ongeveer één jaar zijn.
- Het bestuur dient rekening te houden met aankomende toekomstige verplichtingen, bijvoorbeeld 'in de vorm van een noodzakelijke vervanging van een machine. Dat die verplichting voorzienbaar is op een termijn van twee jaar, doet hier niet aan af. Hoewel de periode waarover de beoordeling zich zal moeten uitstrekken doorgaans ongeveer een jaar zal zijn, dient het bestuur bij de uitkeringstest alle beschikbare informatie te betrekken'.¹⁰
- Het bestuur dient voorts rekening te houden met verplichtingen die buiten de balans blijven. Gedacht kan worden aan garantieverplichtingen en vrijwaringen. Deze verplichtingen hebben namelijk ook een belangrijk effect op de solvabiliteit en zijn daarmee relevant voor de vraag of de vennootschap aan haar opeisbare verplichtingen zal kunnen voldoen.
- Andere relevante factoren kunnen zijn het betalingsmoment van betalingen en ontvangsten en de vraag of de looptijd van de schulden is afgestemd op de gebruiksduur van de activa.

De wetgever verwijst ook naar een rapport van Het Nederlands Taxonomie Project.¹¹ Dit rapport biedt praktische handvatten en kan als leidraad worden gebruikt bij de berekening van de maximaal toegestane uitkering.

Om de uitkeringstest uit te kunnen voeren is voldoende financiële expertise benodigd. Is die expertise in de samenstelling van het bestuur niet voldoende vertegenwoordigd, dan adviseert de wetgever extern advies zoals een accountant in te schakelen.¹² Externe deskundigen lijken echter maar beperkt bereid om hierover opinies af te geven. Immers, ook voor hen liggen aansprakelijkheidsrisico's op de loer.

HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is aan art. 2:216 lid 2 BW het woord 'slechts' toegevoegd. Door deze toevoeging mag het bestuur goedkeuring uitsluitend weigeren indien men weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (het continuïteitsbeginsel). Indien de uitkering desalniettemin om andere redenen niet in het belang van de vennootschap is, bijvoorbeeld omdat de vennootschap de winst wil aanwenden voor investeringen, zou het bestuur de uitkering niet om die reden mo-

gen weigeren. Volgens de letter van de wet komt aan het bestuur op dit punt géén discretionaire bevoegdheid toe.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter impliciet dat materieel van de bestuurder toch wordt verwacht dat hij bij zijn oordeel over de toelaatbaarheid van de uitkering rekening houdt met het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (welke norm op grond van art. 2:239 lid 5 BW in algemene zin geldt voor het handelen van bestuurders). Ook in de literatuur wordt dit intussen aangenomen.¹³ Mijns inziens is dit een terechte ontwikkeling, die past in ons Rijnlandse vennootschapsmodel waarin de belangen van de vennootschap en de stakeholders voorop staan.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR BESTUUR- DERS

Indien de uitkeringstest niet of niet zorgvuldig is uitgevoerd, of indien uit de uitkeringstest bleek dat het doen van een uitkering niet verantwoord was en toch is uitgekeerd, zijn de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk (behoudens de eventuele disculpatiemogelijkheid van een individuele bestuurder, waarop in deze bijdrage niet nader wordt ingegaan) voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Deze aansprakelijkheid geldt tegenover de vennootschap. Hoewel met de uitkeringstest crediteurenbescherming wordt beoogd, kunnen individuele crediteuren de bestuurder niet aanspreken op grond van art. 2:216 lid 3 BW. Zij zijn afhankelijk van bijvoorbeeld een nieuw bestuur dat een dergelijke vordering instelt tegen het oude bestuur, of van de curator in geval van faillissement van de vennootschap.

Individuele crediteuren die zelf actie willen ondernemen, kunnen tegen het bestuur een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad instellen op grond van art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheidsgrond blijft (overigens evenals aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 2:248 BW) bestaan naast art. 2:216 BW. Ik verwacht dat de norm voor aansprakelijkheid op grond van deze algemene artikelen niet wezenlijk zal afwijken van de in art. 2:216 BW neergelegde norm.

Een natuurlijk persoon kan niet aan aansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW ontkomen door tussenschakeling van een (Nederlandse) rechtspersoon als bestuurder. Op grond van art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van de rechtspersoon die als bestuurder optreedt tevens hoofdelijk op bestuurders van die rechtspersoon, telkens totdat tot een natuurlijk persoon als bestuurder gevonden wordt. En ook personen die geen formeel bestuurder zijn, maar wel feitelijk het beleid van de vennootschap bepalen, lopen het risico 'als waren zij bestuurder' aansprakelijk te worden gehouden op grond van art. 2:216 lid 3 en 4 BW. De feitelijk beleidsbepaler kan degene zijn die zich bedient van een stroman als formeel bestuurder, maar ook aandeelhouders of commissarissen die zich zodanig intensief met het beleid bemoeien dat zij zich gedragen als waren zij bestuurder.¹⁴

AANSPRAKELIJKHEID VOOR AANDEEL- HOUDERS

Ook aandeelhouders blijven onder de nieuwe regeling niet buiten schot. Een aandeelhouder die een uitkering ontving,

terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat dit tot betalingsproblemen van de vennootschap zou leiden, dient maximaal het door hem ontvangen bedrag (vermeerderd met wettelijke rente) terug te betalen aan de vennootschap. Indien de bestuurders reeds hebben betaald, dient de vergoeding plaats te vinden aan de bestuurders. Deze regeling sluit aan bij de onder het oude recht gevormde jurisprudentie.¹⁵

Voor de aansprakelijke bestuurder impliceert deze regeling dat deze alleen vergoeding kan verlangen van de aandeelhouder die de uitkering heeft ontvangen, indien de aandeelhouder wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap hierdoor in betalingsproblemen zou geraken. In alle andere gevallen kan de aandeelhouder niet worden aangesproken. Het bestuur doet er dus goed aan de aandeelhouders behoorlijk te informeren over de uitgevoerde uitkerings-test en de resultaten daarvan, met name ook voor wat betreft onderdelen die in de overweging zijn betrokken maar niet rechtstreeks uit de balans blijken.

UITSpraak RECHTBANK GELDERLAND

Inmiddels komen de eerste zaken over het nieuwe art. 2:216 BW voor de rechter. Op 16 maart 2016 heeft Rechtbank Gelderland een vonnis gewezen waarin uitwerking wordt gegeven aan het nieuwe art. 2:216 BW.¹⁶

Feiten

In deze kwestie was de heer De Bruijn direct bestuurder en enig aandeelhouder van P.M.R. B.V. ('PMR'). Via een 'enig aandeelhouder tevens bestuurder structuur' was De Bruijn indirect bestuurder van vier dochtervennootschappen van PMR, waaronder World of Walas Europe B.V. ('WoW') en de uiteindelijke dochter Carbon6 B.V. ('Carbon6'). Als gevolg van een stukgelopen samenwerking werd een vaststellingsovereenkomst gesloten op grond waarvan PMR haar aandelen in WoW (en dus indirect ook van de tussenliggende vennootschappen en Carbon6) zou leveren aan Van Straaten. Vóór de levering zou Carbon6 € 250.000 aan dividend uitkeren en zouden de tussenliggende vennootschappen gelijke dividendbesluiten nemen, waardoor uiteindelijk PMR een bedrag van € 250.000 aan dividend zou ontvangen.

De vordering

De vier uitkerende dochtervennootschappen vorderden van PMR en De Bruijn 'in hun hoedanigheid van bestuurder en daarnaast in hun hoedanigheid van aandeelhouder' terugbetaling van het uitbetaalde dividend à € 250.000. De dividenduitkering zou in strijd zijn met de uitkeringstest van art. 2:216 BW. De besluiten zouden zijn genomen op grond van onvoldoende financiële informatie en de continuïteit van Carbon6 zou na de uitkering in gevaar zijn gekomen.

Strijd met de uitkeringstest

Om tot een goede afweging te komen dient afdoende inzicht te bestaan in de financiële positie van de vennootschap. In deze kwestie was sprake van een nieuw opgerichte vennootschap. Er waren nog geen jaarstukken opgesteld, dus werd de uitkeringstest uitgevoerd op basis van de kolommenbalans, die een voorlopig karakter heeft. In deze omstandig-

heden past een prudente houding van het bestuur, dat moet voorkomen dat al in de beginfase liquiditeitsproblemen ontstaan, zo oordeelt de rechtbank.

Aan de in de kolommenbalans opgenomen cijfers blijkt behoorlijk wat te schorten. Bepaalde kosten zijn stelselmatig flink onderschat, of zelfs helemaal niet meegenomen:

- Onderhouds- en exploitatiekosten; in de kolommenbalans is elke maand een kleine € 23.000 begroot. In de eerste maanden van 2013 is evenwel gemiddeld € 55.000 per maand uitgegeven aan onderhoud en exploitatie. Dat is 239% van het begrote bedrag. Op jaarbasis zou het tekort hiermee € 175.000 bedragen.
- Energiekosten; in de kolommenbalans is een bedrag van ruim € 155.000 begroot. In een tijdens de procedure ingebracht cashflowoverzicht blijkt niettemin € 370.000 te zijn opgenomen. De werkelijke uitgaven bleken echter nog hoger: € 500.000 voor de periode van februari tot en met december 2013. Een tekort van minimaal € 130.000 en maximaal € 345.000.
- Belastingen; in de kolommenbalans waren belastingen niet opgenomen en dus is hiermee geen rekening gehouden bij de uitkeringstest. In werkelijkheid werd een bedrag van ruim € 75.000 aan WOZ-belasting en € 84.500 aan vennootschapsbelasting opgelegd. In het licht van het feit dat oud-bestuurders bij het dividendbesluit uitgaven van een winst van ruim € 300.000, had volgens de rechtbank voor hen zonder meer duidelijk moeten zijn dat daarop ook een aanslag vennootschapsbelasting zou volgen.

Hoewel de uitspraak wat betreft de bedragen niet uitblinkt in helderheid en daarin kosten met uitgaven lijken te worden vergeleken, volgt daaruit ondubbelzinnig dat de bestuurders bij het uitvoeren van de uitkeringstest rekening hebben gehouden met een onvolledig en onjuist beeld van de financiële positie van de vennootschap. Van bijzondere of onvoorziene omstandigheden die de hoger uitgevallen kosten zouden rechtvaardigen, is volgens de rechtbank niet gebleken. Na de uitkering kwam de vennootschap in liquiditeitsproblemen. Carbon6 is uiteindelijk niet gefailleerd, maar zij heeft wel betalingsregelingen moeten treffen, een lening moeten aangaan en zij heeft investeringen in de (door-)ontwikkeling van het concept moeten uitstellen. Wanneer de bestuurders een goed en volledig beeld hadden gehad van de financiële positie van de vennootschap, hadden zij redelijkerwijs moeten voorzien dat zich dit probleem zou voordoen, zo overweegt de rechtbank. Aldus hebben de bestuurders in strijd gehandeld met art. 2:216 lid 3 BW en zijn zij gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan.

Interessante vraag die in deze procedure niet aan de orde is gekomen, is de hoe de omvang van het 'tekort dat door de uitkering is ontstaan' bepaald moet worden. Nu geen sprake is van een faillissement, is hier geen uitsluitel over. Aansluiting kan worden gezocht bij de omvang van de uitkering, maar bijvoorbeeld ook bij de omvang een eventueel aangevane lening om liquiditeitsproblemen op te lossen. Dat laatste zou in specifieke gevallen wellicht een redelijker uitkomst opleveren.

Wie is aansprakelijk?

Dan rijst de vraag welke partij in welke hoedanigheid aansprakelijk kan worden gehouden voor de gedane dividenduitkering. Het oordeel van de rechtbank dat PMR en De Bruin in hun hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk zijn, heeft de schijn van grote-stappen-snel-thuis. Zo ligt volgens de rechtbank het zwaartepunt bij de bestuurder; de aandeelhouder zou slechts gehouden zijn de balans in acht te nemen. De rechtbank gaat daarmee ten onrechte voorbij aan art. 2:216 lid 3 BW, waarin expliciet een terugbetalingsverplichting is opgenomen voor de aandeelhouder die wist of behoorde te weten dat niet was voldaan aan de uitkeringstest. De vraag of iemand wordt aangesproken in diens hoedanigheid van aandeelhouder of bestuurder is bovendien van belang omdat art. 2:11 BW, op grond waarvan kan worden doorgestoten naar middellijk bestuurders, niet geldt voor aandeelhouders. Zo'n middellijk aandeelhouder zou eventueel wel kunnen worden aangesproken als feitelijk beleidsbepaler ex art. 2:216 lid 4 BW.¹⁷

Decharge

Aan bestuurders kan (in tegenstelling tot aan aandeelhouders) decharge worden verleend, ook voor aansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW. Op dezelfde dag dat het dividendbesluit door de algemene vergadering werd genomen, werd ook het besluit tot decharge voor het gevoerde bestuur genomen. De rechtbank meent dat voor de reikwijdte van de decharge geldt dat deze slechts 'verleend kan worden voor gegevens' uit de jaarrekening of anderszins aan de algemene vergadering bekend en dat in strijd met de waarheid bij de uitkeringsbesluiten steeds werd vastgelegd dat de jaarrekeningen waren vastgesteld. De verleende decharge is daarmee volgens de rechtbank dan ook op grond van art. 2:8 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De Bruijn en PMR kunnen zich niet op de verleende decharge beroepen. Dit lijkt een onjuist oordeel. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt mijns inziens dat decharge ook mogelijk is indien door het bestuur opzettelijk nadeel werd toegebracht aan de vennootschap.¹⁸

LESSEN VOOR DE PRAKTIJK

De nieuwe regels inzake de toelaatbaarheid van dividenduitkeringen creëren aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico's. Tegelijkertijd biedt de wettekst bestuurders weinig houvast. Zo blijft onduidelijk hoe bestuurders praktische invulling moeten geven aan de beperkte balans in acht nemen en de nieuwe uitkeringstest. Dit is sterk afhankelijk van specifieke financiële omstandigheden binnen de vennootschap.

Uit de behandelde uitspraak volgt dat het van groot belang is de uitkeringstest te baseren op betrouwbare en reële financiële cijfers en prognoses. Indien sprake is van een star-

tende onderneming, is dus extra voorzichtigheid geboden. Ook bij een uitkering die leidt tot een negatief eigen vermogen, dient het bestuur waakzaam te zijn. Meer algemeen moet het bestuur bij het uitvoeren van de uitkeringstest rekening houden met het belang van de vennootschap. Indien bijvoorbeeld over twee jaar een belangrijke machine moet worden vervangen, moet het bestuur dit meenemen in de afweging.

In de praktijk doet het bestuur er verstandig aan aandeelhouders behoorlijk te informeren over de uitgevoerde uitkeringstest en de resultaten daarvan. Dit geldt met name ook voor onderdelen die niet rechtstreeks uit de balans blijken. Immers, alleen aandeelhouders die niet te goeder trouw een uitkering ontvingen zijn verplicht tot terugbetaling van die uitkering. Bestaat twijfel over de toelaatbaarheid van de uitkering, of beschikt het bestuur niet over voldoende financiële expertise, dan is het aan te raden extern financieel advies in te winnen. Voorts is het zaak een eventueel dechargebesluit zorgvuldig te nemen en dit besluit specifiek te richten op de uitkering. Anders dan de rechtbank oordeelt, ben ik namelijk van mening dat een geldig dechargebesluit ook voor aansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW genomen kan worden.

Informatie: Harmsen@dirkzwager.nl

1 Wet tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, *Stb.* 2012, 299 en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 300; hierna gezamenlijk: 'Flex-BV'.

2 M. Tamminga & J. Wester, 'Stop het strippen, stropen en slopen', *NRC.nl* 26 augustus 2006.

3 H. Schoordijk, 'Gebruik en misbruik van private equity', *NJB* 2009/269, afl. 6, p. 538-562.

4 Hof Amsterdam 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928, *JOR* 2010/189.

5 De tekst van art. 2:216 BW is te raadplegen op www.wetten.nl.

6 Zie hierover: B. Bier, 'No asset-stripping?', *Ondernemingsrecht* 2013/74.

7 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 29 (MvT).

8 Zo ook: W.J.M. van Veen & P.M. van der Zanden, 'Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de B.V.: een verkenning', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, 2014-1, p. 29-40.

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 32 (MvT).

10 *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, E, p. 14-15 (MvA).

11 Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 5 november 2008, bijlage bij: *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, C.

12 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32 (MvT).

13 Zie onder meer: J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014 en W.J.M. van Veen, 'Controverses rond bestuurdersaansprakelijkheid. Leidt art. 2:216 BW tot wijziging van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders?', *Ondernemingsrecht* 2013/80.

14 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 75 (MvT).

15 HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, *NJ* 1992, 174 (Nimox).

16 Rb. Gelderland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1758, *JOR* 2016/187, m.nt. B.Bier.

17 Zo ook, en tevens uitgebreider over dit onderwerp: B. Bier in haar annotatie bij het in noot 16 aangehaalde vonnis.

18 HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0915, *NJ* 1990, 308 (*Ellem*).