

Winstuitkeringen na de Tweede nota van wijziging

MR. J.L. SNIJDERS EN MR. B. VERKERK

Al enige tijd is het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht aanhangig. Dit voorstel behelst onder andere een wijziging van het huidige stelsel van crediteurenbescherming. Het thans geldende artikel met betrekking tot uitkeringen aan aandeelhouders, art. 2:216 BW, zal in dat kader worden aangepast. Het oorspronkelijke voorstel daartoe is fundamenteel gewijzigd in de Tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel. In dit artikel wordt ingegaan op de huidige stand van het voorstel. Tevens wordt ingegaan op de vraag of de wijziging van het eerdere voorstel wel nodig was.

Het huidige art. 2:216 BW

Ingevolge het huidige art. 2:216 BW moet bij de beantwoording van de vraag of een uitkering aan aandeelhouders geoorloofd is naar de balans van de vennootschap worden gekeken. Een uitkering is geoorloofd indien en voor zover de vennootschap over vrij uitkeerbare reserves beschikt. Dat is het geval voor zover het eigen vermogen groter is dan het geplaatste kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Een uitkering waarbij meer dan het vrij uitkeerbare vermogen wordt uitgekeerd, is nietig. De vennootschap zal die uitkering kunnen terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW).

Een belangrijk punt van kritiek op dit systeem is dat de geoorlooftheid van uitkeringen wordt beoordeeld met een blik op het verleden. Tussen balansdatum en de datum van uitkering kan het eigen vermogen van de vennootschap immers zijn afgenomen. Een ander punt van kritiek betreft het feit dat een beoordeling van het effect van de uitkering op de liquiditeitspositie van de vennootschap geen onderdeel vormt van de uitkeringseisen van art. 2:216 BW. Een uitkering die daaraan voldoet, kan een vennootschap immers toch in financiële nood brengen.

Overigens volgt uit de jurisprudentie dat er bij uitkeringen niet uitsluitend naar art. 2:216 BW moet worden gekeken. Het vóór een besluit tot uitkering van dividend stemmen kan tegenover schuldeisers van de vennootschap onrechtmatig zijn, ook als het besluit aan de eisen van art. 2:216 BW voldoet.¹ Bovendien kan het verlenen van medewerking aan uitkering van dividend onbehoorlijke taakvervul-

ling van bestuurders opleveren indien de continuïteit van de vennootschap daardoor in gevaar wordt gebracht.²

Art. 2:216 BW na de Tweede nota van wijziging

Het voorstel voor art. 2:216 BW zoals dat na de Tweede nota van wijziging luidt³, kent twee kernonderdelen:

1. “De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden” (lid 1 eerste zin); en
2. “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 is jegens de vennootschap gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering” (lid 2 eerste zin).

Het eerste punt komt in de volgende paragraaf aan bod. Het tweede punt wordt in de twee paragrafen daarna besproken.

De balanstest

¹ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/Autritade).

² HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67 (Reinders/Didam).

³ Kamerstukken II 2008-2009, 31 058, nr. 8. Dit artikel werd afgesloten op 18 juni 2009. Op dat moment stond behandeling van het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht op de agenda van de Tweede Kamer voor de eerste week van september 2009.

Hoewel wij het eerste punt in de vorige paragraaf aanduiden als kernonderdeel van het voorgestelde art. 2:216 BW, valt daarbij onmiddellijk een belangrijke kanttekening te plaatsen. Het voorschrift dat winst slechts mag worden uitgekeerd voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves (de 'balanstest'), geldt slechts als er wettelijke of statutaire reserves zijn. Dit volgt niet met zoveel woorden uit de tekst van het artikel, maar kan worden afgeleid uit de toelichting daarop.⁴ In de overige gevallen geldt dus slechts het tweede kernonderdeel van art. 2:216 BW (de 'uitkeringstest'). Dit brengt mee dat indien de vennootschap noch wettelijke noch statutaire reserves hoeft aan te houden, er kan worden uitgekeerd terwijl het eigen vermogen van de vennootschap negatief is of door de uitkering zal worden. Heeft een vennootschap die reserves wel en leidt uitkering ertoe dat het eigen vermogen lager wordt dan het bedrag van de reserves, dan zal het uitkeringsbesluit op grond van art. 2:14 BW nietig zijn.⁵ De vennootschap kan het uitgekeerde bedrag dan als onverschuldigd betaald terugvorderen.

De balanstest moet worden uitgevoerd op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening.⁶ De toelichting laat zich niet uit over de vraag of een uitkering geoorloofd is indien tussen de laatst vastgestelde jaarrekening en de datum van uitkering het eigen vermogen van de vennootschap is afgenomen. Het ligt voor de hand dat op dit punt moet worden aangesloten bij de jurisprudentie met betrekking tot het huidige art. 2:216 BW waarin is uitgemaakt dat de jaarrekening als ijkpunt voor een uitkering uitzondering lijdt in die gevallen waarin de algemene vergadering ten tijde van het nemen van het dividendbesluit redelijkerwijs moest weten dat sinds de balansdatum zodanige verliezen waren geleden dat de vereiste ruimte niet langer aanwezig was.⁷

Aandeelhouders- en bestuurdersaansprakelijkheid

De aandeelhouder die een uitkering ontving terwijl hij wist of behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is jegens de vennootschap aansprakelijk.⁸ Hij is dan gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, tot ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. De aansprakelijkheid is dus niet alleen gemaximeerd op het bedrag dat een aandeelhouder ontvangen heeft, maar ook op het tekort dat door de uitkering ont-

staat (rente buiten beschouwing gelaten). Dat tekort kan lager zijn dan het uitgekeerde bedrag.

Uit het wetsvoorstel volgt dat de aandeelhouder die wist of behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, niet bevoegd is tot verrekening van de uitkering met een schuld die hij aan de vennootschap heeft. Zonder dit voorschrift zou een aandeelhouder zich ten koste van andere crediteuren van de vennootschap kunnen bevoordelen door voldoening van zijn vordering te bewerkstelligen middels verrekening.⁹

Aandeelhouders beschikken niet noodzakelijkerwijs over

Aandeelhouders die een uitkering te kwader trouw hebben ontvangen zijn jegens de vennootschap aansprakelijk

de kennis om te kunnen beoordelen of een vennootschap na de uitkering nog zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Zij zijn immers niet verantwoordelijk voor het beleid en de administratie van de vennootschap en zullen in de regel dus moeten afgaan op informatie van het bestuur. De toelichting vermeldt daarom dat bestuurders gehouden zijn om de algemene vergadering van aandeelhouders te adviseren omtrent de mogelijkheid een uitkering te doen.¹⁰ Moet dit advies negatief zijn, dan kan men spreken van een waarschuwingsplicht. De toelichting plaatst dit alles in het kader van de raadgevende stem die bestuurders bij besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders hebben. Naar komend recht is ontegenzeggelijk dat die raadgevende stem zowel bij besluitvorming in vergadering als bij besluitvorming buiten vergadering geldt.¹¹ De bijzondere adviesplicht van bestuurders in geval van uitkeringen komt in de voorgestelde wettekst overigens niet tot uitdrukking.

Als bestuurders niet waarschuwen en de uitkering er vervolgens toe leidt dat de vennootschap haar schulden niet kan voldoen, lopen zij het risico van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling (op grond van art. 2:9 en 2:248 BW), vermeldt de toelichting. Het zal dan aankomen op de vraag of zij terecht geoordeeld hebben dat een waarschuwing niet nodig was. Of bestuurders terecht oordeelden dat een uitkering toelaatbaar was, moet overigens niet worden beoordeeld met wijsheid achteraf, maar naar het moment waarop de beslissing omtrent de uitkering werd genomen.¹²

Waarschuwen bestuurders wel, maar slaat de aandeelhoudersvergadering de waarschuwing in de wind, dan zullen de bestuurders hun taak in beginsel behoorlijk hebben ver-

4 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 26. Wij zullen in de hoofdttekst niet vermelden of de toelichting is gegeven in de Memorie van toelichting of in de Nota's van wijziging. De vindplaats van de toelichtingen blijkt uit de voetnoten.

5 B. Bier, 'Kapitaal en kapitaalbescherming' in: F.J. Oranje e.a., *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2008, p. 205.

6 Dit werd toegevoegd in *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 7.

7 Rechtbank Dordrecht 20 januari 1993, *NJ* 1996, 295.

8 Ook anderen dan aandeelhouders kunnen tot de winst gerechtigd zijn. Dit komt echter relatief weinig voor.

9 Behoudens gevallen waarin art. 6:135 sub b BW toepasselijk zou zijn.

10 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 8, p. 3.

11 Voor besluitvorming in vergadering volgt dit uit het voorgestelde art. 2:227 lid 7 BW, dat overeenkomt met het huidige art. 2:227 lid 4 BW. Voor besluitvorming buiten vergadering volgt dit met zoveel woorden uit de tekst van het voorgestelde art. 2:238 BW. Zie *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 2.

12 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 6, p. 35.

vuld, aldus de toelichting. Slaat de aandeelhoudersvergadering de waarschuwing in de wind en wordt de uitkering de vennootschap vervolgens noodlottig, dan hoeft dat overigens niet mee te brengen dat aandeelhouders aansprakelijk zijn. Ook dan komt het er immers op aan of zij terecht oordeelden dat de uitkering geoorloofd was, waarbij geldt dat dit moet worden beoordeeld naar het moment waarop het besluit tot uitkering werd genomen. Dat aandeelhouders zich in de geschetste situatie wel zorgen mogen maken, is echter duidelijk.

Dortmond stelt de vraag aan de orde wat de positie is van (i) aandeelhouders die geen stemrecht hebben¹³, (ii) aandeelhouders die tegen het uitkeringsvoorstel hebben gestemd, (iii) aandeelhouders die zich van stemming hebben onthouden en (iv) aandeelhouders die de vergadering niet hebben bijgewoond.¹⁴ Wij zouden menen dat deze aandeelhouders zich niet kunnen disculperen als zij wisten of behoorden te voorzien dat het uitkeringsbesluit ertoe zou leiden dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet zou kunnen betalen. Zij mogen de uitkering dan wel in ontvangst nemen, maar blijven aansprakelijk. Punt is natuurlijk wel dat de (geobjectieerde) wetenschap bij deze aandeelhouders bewezen moet worden. Zeker bij aandeelhouders die de vergadering niet hebben bijgewoond kan dit lastig zijn. Dat kan ertoe leiden dat aandeelhouders ervoor kiezen om weg te blijven, hetgeen een degelijke besluitvorming natuurlijk niet ten goede komt. Te verdedigen valt trouwens dat een aandeelhouder zich ervan behoort te vergewissen of een

kunnen zijn uit hoofde van onrechtmatige daad.¹⁶ De toelichting laat zich daarover niet uit. Wij vragen ons bovendien af of de eis van behoorlijke taakvervulling meebrengt dat het bestuur gehouden is om de uitkering weer van de aandeelhouders terug te vorderen indien en voor zover blijkt dat deze tot een tekort leidt. Kan het nalaten van zo'n terugvorderingsactie alsnog leiden tot aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:9 BW en eventueel 2:248 BW?

De uitkeringstest

Zoals hiervoor opgemerkt dienen bestuurders de aandeelhoudersvergadering te waarschuwen als zij weten of redelijkerwijs behoren te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Zij zullen dit dus moeten nagaan: zij zullen, met andere woorden, een 'uitkeringstest' moeten uitvoeren.¹⁷ De test ziet niet alleen op de schulden die ten tijde van de uitkering reeds opeisbaar zijn, maar ook op schulden waarvan men ten tijde van de uitkering redelijkerwijs behoort te voorzien dat deze in de periode na de uitkering opeisbaar zullen worden. De lengte van de periode die het bestuur hierbij in zijn oordeel moet betrekken hangt van de omstandigheden af. De toelichting gaat ervan uit dat dit in de regel ongeveer een jaar zal zijn. Ons wordt niet duidelijk wanneer redelijkerwijze moet worden voorzien dat een uitkering ertoe leidt dat de vennootschap niet kan voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden. Moet er ten aanzien van dit gevolg een redelijke mate van waarschijnlijkheid of een geobjectieerde zekerheid bestaan? Wij hebben de indruk dat het eerste bedoeld is. Dat zou ook aansluiten bij het wetenschapsvereiste in het kader van de actio pauliana.¹⁸

De norm van de uitkeringstest blijft te allen tijde leidend. In de toelichting op art. 2:216 BW zijn echter wel enkele handreikingen gedaan die bij de toepassing van deze norm van belang kunnen zijn. Als factoren die in aanmerking moeten worden genomen worden genoemd de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit. Voor de wijze van uitvoering van de uitkeringstest wordt ter inspiratie verwezen naar de Amerikaanse Revised Model Business Corporation Act (RMBCA). In de Tweede nota van wijziging wordt bovendien gewezen op de handreikingen van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport.^{19,20}

De Werkgroep Fiscaal Jaarrapport werkt de uitkeringstest uit aan de hand van twee stappen. De eerste stap betreft de vaststelling of er mag worden uitgegaan van continuïteit van de onderneming. In dat kader acht zij solvabiliteit

Bestuurders die de aandeelhouders tegen een schadelijke uitkering hebben gewaarschuwd zullen hun taak in beginsel behoorlijk hebben vervuld

uitkering crediteuren benadeelt.¹⁵

Zoals hiervoor genoemd, vermeldt de toelichting dat bestuurders hun taak in beginsel behoorlijk vervullen als zij de algemene vergadering tegen een schadelijke uitkering hebben gewaarschuwd. Aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:9 BW en 2:248 BW is dan niet aan de orde. Lennarts en Boschma stellen aan de orde dat de wetgever blijkbaar verwacht dat bestuurders uitvoering geven aan een aandeelhoudersbesluit dat in weerwil van de door hen gegeven waarschuwing werd genomen. Zij stellen daarbij terecht de vraag of de bestuurders in die situatie nog aansprakelijk

13 Het wetsvoorstel maakt dit mogelijk. Zie *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 2, art. 2:228 BW.

14 P.J. Dortmond, 'De tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 4, p. 200.

15 Overigens valt niet uit te sluiten dat wegblijven geen soelaas biedt indien de curator de actio pauliana tegen de uitkering in het geweer stelt, aangezien die mogelijk ook tegen aandeelhouders te goeder trouw kan worden ingeroepen. Zie voor een toelichting M.L. Lennarts, *De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht*, Deventer: Kluwer, 2006 (oratie Utrecht) en B. Verkerk, 'Aansprakelijkheid in verband met uitkeringen in het vereenvoudigde BV-recht' *O&F* 2008, nr. 1, p. 43-50.

16 M.L. Lennarts en H.E. Boschma, 'Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournure van de wetgever', *WPNR* 2009/6792, p. 229.

17 Dit begrip wordt ook in de parlementaire geschiedenis gebezigd. Zie o.a. *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 29.

18 Losbladige *Faillissementswet*, aantekening 5 bij art. 42 (A. van Hees, februari 2006).

19 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 8, p. 4.

20 Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, 'Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', te vinden op www.xbrl-ntp.nl/publicaties/Uitkeringstoets_memo_nov2008.pdf.

en rentabiliteit van belang, maar bijvoorbeeld ook niet financiële indicatoren zoals het wegvallen en niet vervangen van functionarissen met sleutelposities in het bestuur. Als er niet van continuïteit mag worden uitgegaan, zou er geen uitkering gedaan mogen worden. Deze conclusie gaat ons overigens te ver als de discontinuïteit van de vennootschap te maken heeft met een voorgenomen ontbinding. Dan kan er immers zeer wel uitkeringsruimte zijn. De tweede stap in het stappenplan van de Werkgroep Fiscaal Jaarrapport betreft de vaststelling van de hoogte van de uitkeringsruimte. In dat kader acht de werkgroep vooral de quick ratio en de operationele kasstroom van belang.

Terug naar het vorige voorstel?

Zoals in de inleiding werd vermeld is het voorstel voor art. 2:216 BW in de Tweede nota van wijziging ingrijpend gewijzigd. Vóór de wijziging bepaalde het voorstel dat een uitkering geen gevolgen had, zolang het bestuur daaraan geen goedkeuring had verleend. Die goedkeuring mocht slechts worden geweigerd indien het bestuur wist of behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien het bestuur in die omstandigheden aan de uitkering toch goedkeuring gaf, waren bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering ontstond. Deze taak om uitkeringen al dan niet goed te keuren, met de daaraan gekoppelde wettelijke aansprakelijkheid, is bij de Tweede nota van wijziging geschrapt. Daarmee is toegegeven aan kritiek vanuit het bedrijfsleven.²¹ De ommezwaai van de wetgever is door Lennarts en Boschma stevig bekritiseerd.²² Ook Dortmund heeft er zijn bedenkingen bij.²³ Wij wijden hieraan nog slechts een enkel woord.

De kritiek vanuit het bedrijfsleven hield onder andere in dat het vorige voorstel voor bestuurders resulteerde in een verzwaring van aansprakelijkheid ten opzichte van het huidig recht. Daar valt over te twisten.²⁴ Of er nu wel of geen sprake was van aansprakelijkheidsverzwaring is eigenlijk ook niet zo belangrijk, zeker niet als het maar om een geringe verzwaring gaat. Het gaat er veeleer om of het nieuwe stelsel van crediteurenbescherming adequaat en

evenwichtig is. Wat dat laatste betreft: wat was er, ter bescherming van crediteuren, nu zo onrechtvaardig aan de norm dat bestuurders aansprakelijk zijn indien zij een uitkering goedkeuren terwijl zij weten of behoren te voorzien dat de vennootschap niet langer zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden? Een goed stelsel van crediteurenbescherming is overigens óók in het belang van bedrijfsleven en bestuurders.

Lennarts en Boschma merken onder andere op dat het nieuwe voorstel voor crediteuren buitengewoon teleurstellend is te noemen. Consequentie daarvan is immers dat bestuurders, anders dan in het vorige voorstel, onverantwoorde uitkeringen niet kunnen tegenhouden. Crediteuren moeten dan maar zien of de schade die zij daardoor lijden nog door de aandeelhouders wordt vergoed. Een terugvorderingsactie kan problematisch zijn als aandeelhouders zich in het buitenland bevinden of onvoldoende verhaal bieden.²⁵

Het nieuwe stelsel van crediteurenbescherming dient adequaat en evenwichtig te zijn

Voorstanders van het nieuwe voorstel zouden erop kunnen wijzen dat dit alles in het huidige kapitaalbeschermingsrecht niet heel veel anders is en dat de aandeelhoudersvergadering in het vorige voorstel haar wil toch wel kon doorzetten door de bestuurders te vervangen.

Gelet op de kritiek op het voorstel voor art. 2:216 BW zoals dat na de Tweede nota van wijziging luidt, moet worden afgewacht of het systeem zoals daarbij gewijzigd, gehandhaafd blijft.

Conclusie

Uit onze bespreking van het huidige voorstel voor art. 2:216 BW is gebleken dat de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders nog niet duidelijk is geregeld. Dit geldt zeker voor de bestuurders, die niet eens uit de wet kunnen opmaken wat hun verantwoordelijkheid en, in het verlengde daarvan, eventuele aansprakelijkheid in het kader van uitkeringen is. Een verduidelijking van het huidige voorstel is dus op zijn minst op zijn plaats. Het vorige voorstel voor art. 2:216 BW verdient echter de voorkeur.

Over de auteurs

Mr. J.L. Snijders en mr. B. Verkerk zijn beiden advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen NV te Rotterdam. Mr. Verkerk is tevens docent ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

21 *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 058, nr. 8, p. 3.

22 Zie noot 16.

23 Zie noot 14.

24 F.K. Buijn, 'Onzekere winstuitkeringen', *Ondernemingsrecht* 2007, nr. 9, p. 358, M.L. Lennarts, 'De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders van een bv nader beschouwd', *WPNR* 2007/6731, p. 973 en B. Verkerk (zie noot 15).

25 Zie noot 16.