

Toetsing van het bestuursbesluit van artikel 2:216 lid 2 BW

mr. M.L. Schönau*

De uitkeringstest van art. 2:216 BW houdt de gemoederen deze herfst na de jaarlijkse bijeenkomst van de Vereniging Jaarrekeningenrecht op 22 april 2014 en publicatie van het derde nummer van het Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht nog steeds bezig.¹

De bepaling is in de tussentijd ook niet aan het oog van de accountancy ontsnapt. Zo is bijvoorbeeld de figuur van de ‘negatieve reserve’ in de literatuur aan hevige kritiek blootgesteld.² Accountants kunnen in hun praktijk met vraagstukken rond de uitkeringstest te maken krijgen als zij als deskundig adviseur worden ingeschakeld door een risico-avers bestuur dat over onvoldoende financiële expertise beschikt om zonder deskundig advies in te winnen over een uitkeringsbesluit te oordelen.³

Met het oog op de relevantie en actualiteit van dit onderwerp, staat dit nummer van het Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht vrijwel volledig in het teken van de uitkeringstest van art. 2:216 BW: Bastiaan Kemp en Peter van der Zanden laten hun licht schijnen over de jaarrekeningtechnische complicaties die de constructie van de ‘negatieve reserve’ meebrengt. Daarnaast publiceren wij de bewerkte voordrachten die Barbara Bier⁴ en Jan Bernd Huizink hielden tijdens de bijeenkomst van de Vereniging Jaarrekeningenrecht in april dit jaar.

Ook ik wil deze gelegenheid niet onbenut laten om enkele vragen toe te voegen aan het reeds gepubliceerde. Mijn vragen zien op het bestuursbesluit tot goedkeuring van een aandeelhoudersbesluit tot uitkering van dividend als opgenomen in art. 2:216 lid 2 BW. Deze bepaling verleent het bestuur de bevoegdheid om een uitkeringsbesluit van de aandeelhouders goed te keuren of te weigeren. Zonder de goedkeuring van het bestuur blijft het besluit zonder gevolg: het besluit is met andere woorden krachteloos. Het bestuur mag goedkeuring slechts weigeren indien de vennootschap niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Krachtens lid 3 van art. 2:216 BW is het bestuur aansprakelijk indien het goedkeuring verleent aan het besluit tot uitkering, terwijl het wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het toetsmoment voor de aansprakelijkheid ligt bij het moment van uitbetaling.

Ten aanzien van de vorm van de goedkeuring, stelt de minister in de memorie van antwoord dat geen ‘*uitdrukkelijk besluit*’⁵ van het bestuur vereist is. De goedkeuring kan ook impliciet worden verleend, bijvoorbeeld door betaalbaarstelling van het dividend.⁶ In de nadere memorie van antwoord voegt de minister daar aan toe dat een uitdrukkelijk bestuursbesluit niet altijd vereist is. ‘*Om te kwalificeren als besluit kan ook een wilsuiking volstaan die kan worden afgeleid uit een of meer gedragingen van het bestuur. Het besluit tot goedkeuring kan dus impliciet of stilzwijgend worden genomen door de betaalbaarstelling van het dividend.*’ Dit zal volgens de minister het geval zijn bij een uit één persoon bestaand bestuur (eenpersoons-BV). Indien

* Mr. M.L. (Marthe) Schönau is advocaat bij Stibbe Advocaten en Notarissen en is redactiesecretaris van dit tijdschrift.

1 Zie J.B. Huizink, ‘Art. 2:216 BW en negatief eigen vermogen: de macht van de taal’, *TvJ* 2014, nr. 3.

2 W.J.M. van Veen & P.M. van der Zanden RA, ‘Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de B.V.: een verkenning’, *TvOB* 2014/1.

3 Zie Y. Borrius, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.’, *Ondernemingsrecht* 2013/12.

4 Deze voordracht vormde ook de basis voor de voordracht die Barbara Bier hield tijdens een bijeenkomst van Insolad op 16 september 2014.

5 De minister specificeert niet wat hij verstaat onder de term ‘uitdrukkelijk’ bestuursbesluit anders dan een besluit dat genomen moet worden met betrokkenheid van alle bestuurders. Het onderscheid tussen uitdrukkelijke en impliciete besluiten kent geen oorsprong in de wet. De Hoge Raad maakt dit onderscheid wél in een arrest uit 2004 over tegenstrijdig belang (HR 9 juli 2004, *JOR* 2004/266 (Duplicado)). Zie ook: J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, aant. 5.a.3 bij art. 2:14 BW.

6 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C, p. 12.

een bestuur uit meerdere personen bestaat, dan mag het besluit niet zo maar worden afgeleid uit een handeling van één van de bestuurders en zal de goedkeuring moeten plaatsvinden met betrokkenheid van alle bestuurders.⁷ Uit het voorgaande maak ik op dat alleen bij eenpersoons-BV's het besluit stilzwijgend tot stand mag komen. Bij gebreke van een nadere toelichting van de wetgever ga ik er bovendien van uit dat elk niet stilzwijgend genomen besluit als uitdrukkelijk besluit geldt en dat er dus geen nadere vormvoorschriften gelden voor het nemen van een besluit in de zin van art. 2:216 lid 2 BW door een uit meerdere personen bestaand bestuur.

Los van de vragen die het gebruik van de terminologie van uitdrukkelijke en impliciete besluiten oproept, vraag ik mij af of het bestuursbesluit van art. 2:216 lid 2 BW aan de toets van art. 2:14 (sanctie nietigheid) en art. 2:15 (sanctie vernietigbaarheid) BW kan worden onderworpen. Is het besluit tot goedkeuring van het bestuur bijvoorbeeld nietig wegens strijd met de wet (in dit geval met art. 2:216 lid 2 BW) als het bestuur de uitkeringstest niet juist heeft toegepast en de vennootschap evident in betalingsonmacht zal raken na uitkering? Kan een bestuurslid dat is overstemd en aansprakelijkheid van art. 2:216 lid 3 BW vreest voordat het dividend betaalbaar is gesteld een vordering tot vernietiging instellen tegen een besluit tot goedkeuring dat naar zijn mening het product is van een onjuiste toepassing van de uitkeringstest?

Ervan uitgaande dat de goedkeuring door het bestuur een besluit is in de zin van Boek 2, meen ik dat een besluit tot goedkeuring van het besluit tot uitkering aan de toets van art. 2:14 en 2:15 BW kan worden onderworpen. Dit besluit betreft immers een rechtshandeling: het heeft als beoogd rechtsgevolg het kracht geven aan het aandeelhoudersbesluit tot uitkering. De weigering tot goedkeuring is echter een negatieve beslissing die geen rechtsgevolg kent (het uitkeringsbesluit van de ava blijft krachteloos) en dus niet als een besluit kan worden aangemerkt in de zin van art. 2:14 en 2:15 BW.⁸

De wettekst van art. 2:216 BW sluit toepasselijkheid van deze artikelen ook niet uit, maar de wetsgeschiedenis is wel expliciet over *nietigheid* wegens strijd met een wettelijke bepaling (zie art. 2:14 lid 1 BW) van het bestuursbesluit tot goedkeuring in het geval dat de vennootschap na uitkering in betalingsonmacht raakt. Zo vermeldt de memorie van antwoord dat de nietigheid van 'de besluitvorming' is vervangen door de aansprakelijkheid van bestuurders in art. 2:216 lid 3 BW.⁹ Vervolgens merkt de minister onder verwijzing naar de memorie van toelichting op dat 'het besluit' dus geldig is en dat de crediteuren worden beschermd door de mogelijkheid van aansprakelijkheidsstelling. Welk besluit overigens precies wordt bedoeld: het besluit tot uitkering van het daartoe bevoegde orgaan of het goedkeuringsbesluit van het bestuur, wordt niet duidelijk. Van Solinge en Nieuwe Weme stellen dat de rechtsgeldigheid van het 'uitkeringsbesluit' (van de ava) in de situatie dat de vennootschap in betalingsonmacht raakt terwijl dit voorzienbaar was niet wordt aangetast.¹⁰ Met het oog op het doel van het vervangen van de nietigheid door aansprakelijkheid van het bestuur (de rechtszekerheid), denk ik dat de wetgever beide besluiten heeft bedoeld. Nietigheid van het besluit tot goedkeuring heeft namelijk tot gevolg dat het uitkeringsbesluit (net als vóór het besluit) geen kracht heeft. Een in weerwil hiervan gedane uitkering zou dan zonder titel verricht zijn met als gevolg dat onverschuldigd is betaald. Onzekerheid over mogelijke nietigheid is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Ik concludeer dan ook op basis van het voorgaande dat de wetsgeschiedenis in de weg staat aan nietigheid van het besluit tot goedkeuring wegens strijd met de wet (art. 2:14 lid 1 BW jo 2:216 lid 2 BW) indien de betaalbaarstelling die op het besluit volgt in betalingsonmacht resulteert. Dit laat onverlet dat het bestuursbesluit nog wel om andere redenen, anders dan het feit dat de BV ten gevolge van het besluit in betalingsonmacht is komen te verkeren, nietig kan zijn. Zo kan het bijvoorbeeld zijn genomen ondanks het ontbreken van een door de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling (art. 2:14 lid 2 BW).¹¹

De wetgever zwijgt over de *vernietigbaarheid* (art. 2:15 BW) van het besluit tot goedkeuring. Ten aanzien van het uitkeringsbesluit van de aandeelhouders overweegt de minister in de nadere memorie van antwoord kort gezegd dat het vatbaar is voor vernietiging en concludeert dat een uitkeringsbesluit in die zin niet

7. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 11.

8. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II (1997), nr. 127. Zie anders: I.P.C. Groenland, 'Uitkeren aan aandeelhouders: (hoe) kunnen we dat doen?', *Onderneming en Financiering* 2012/4.

9. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C, p. 12.

10. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA (2013) nr. 208.

11. De wetgever heeft bovendien expliciet bepaald dat een besluit tot winstbestemming dat niet voldoet aan het vereiste in art. 2:216 lid 1 BW dat het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden nietig is (*Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C, p. 12).

anders wordt behandeld dan andere besluiten binnen de vennootschap.¹² Ik zie geen reden waarom dit anders zou moeten zijn voor het besluit tot goedkeuring van het bestuur en denk dan ook dat er geen formele obstakels in de weg staan aan onderwerping aan de toets van art. 2:15 BW. Met name de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW krachtens art. 2:15 lid 1 sub b BW levert vragen op.¹³ Te denken valt bijvoorbeeld aan een bestuurder die overstemd is tijdens de bestuursvergadering waarin het goedkeuringsbesluit is genomen en die met het oog op disculpatie (art. 2:216 lid 3 BW) nog vóór daadwerkelijke betaalbaarstelling een vordering tot vernietiging instelt ex art. 2:15 lid 1 sub b BW.

Een vraag die zich vervolgens voordoet is hoe de rechter een dergelijke vordering tot vernietiging moet beoordelen. Toetsing aan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW vergt inachtneming van alle bij de vennootschap betrokken belangen¹⁴, niet alleen die van crediteuren. Dit terwijl de wetgever de discretionaire bevoegdheid van het bestuur om goedkeuring te weigeren bewust heeft beperkt tot de situatie waarin betalingsonmacht voorzienbaar of redelijkerwijs voorzienbaar is en crediteuren dus benadeeld dreigen te worden.¹⁵ Het gaat de omvang van dit voorwoord te buiten om dit punt hier verder uit te werken, maar ik ben van mening dat de mogelijkheid om vernietiging te vorderen van het besluit tot goedkeuring interessante vragen opwerpt.

Zoals alle auteurs die zich met het onderwerp bezig houden, rest mij voorlopig ook niets anders dan concluderen dat het laatste woord nog niet is gezegd over de uitkeringstest. Ik kijk met belangstelling uit naar richting gevende jurisprudentie.

12. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 12.

13. Het besluit kan ook vernietigbaar zijn wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (art. 2:15 lid 1 sub a BW) of wegens strijd met een reglement (art. 2:15 lid 1 sub c BW).

14. Zie bijv. Hof Amsterdam 15 november 2011, *JOR* 2012/6 (VEB/KLM c.s.), r.o. 3.26 en mijn artikel 'Winstreservering door meerderheidsaandeelhouders en de grenzen van artikel 2:8 BW' in *V&O* 2012/1.

15. Zie het woordje 'slechts' in art. 2:216 lid 2 BW. Zie hierover nader de voordrachten van Barbara Bier en Jan Bernd Huizink in dit nummer.