

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## **Jutd 2015/0074 Geen ongeoorloofde dividenduitkering volgens artikel 2:216 BW (Wet Flex-BV)**

Jutd 2015/0074 d.d. 11-06-2015

**Auteur(s):** Mr. A.C.D. Evers, Van Iersel Luchtman N.V., 's-Hertogenbosch.

### **Inleiding**

In het kort geding vonnis van 17 februari 2014<sup>1</sup> heeft de rechtbank Gelderland zich uitgelaten over de geldigheid van een dividenduitkering waarop de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Wet Flex-BV) van toepassing is. De enige rem en klem qua dividenduitkering is artikel 2:216 BW, het meest becommentarieerde artikel sinds de invoering van de Flex-BV. Het dispuut ging niet over de toestemming van de directie of over de vraag of de algemene vergadering (hierna: 'AV') wel rechtsgeldig had beslist. Centraal stond de vraag of dividenduitkeringen hadden mogen geschieden terwijl de jaarrekening ontbrak en de uitkering tot een negatief eigen vermogen zou hebben geleid. Dit is de eerste gepubliceerde uitspraak over toepassing van artikel 2:216 BW zoals dit artikel thans luidt.<sup>2</sup> Sinds 1 oktober 2012 geldt dat voor iedere dividenduitkering een balansrest en een uitkeringstest moet worden gedaan. Volgens de nieuwe regeling kan een BV een uitkering doen voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves (*balansrest* ex artikel 2:216 lid 1 BW). Daarnaast is er een goedkeuringsrecht van het bestuur opgenomen (*uitkeringstest* ex artikel 2:216 lid 2 BW). De vraag rijst welke uitkeringsregels in het licht van vernieuwde wetsartikelen gelden voor een BV met verouderde statuten.

### **Feitencomplex**

Medio 2012 heeft Participatie Management Rotterdam B.V. (hierna: 'PMR') vier dochter BV's opgericht. Er was een geschil ontstaan tussen PMR en de gemeente Heerlen over de samenwerking in het kader van stadsontwikkeling bij het - door één van de vier dochters van PMR - gekochte CBS-complex. Voormeld geschil werd eind 2012 beslecht met een vaststellingsovereenkomst tussen PMR en Borkens Beheer B.V. (hierna: 'BB'). Partijen kwamen overeen dat PMR alle aandelen van de vier dochters zou verkopen aan BB voor € 600.000 na uitkering van dividend ad € 250.000 aan PMR. Het dividend werd uitgekeerd voordat de aandelen aan BB werden geleverd. BB stelde dat ten eerste de benodigde dividendbesluiten van de AV ontbraken en ten tweede de vereiste vastgestelde jaarrekeningen misten. Ten derde had de uitkering tot een negatief eigen vermogen geleid, kende zij tekorten op de wettelijk en statutair aan te houden reserves (€ 266.000 à € 313.000) en kon zij niet voldoen aan de opeisbare schulden. BB vorderde daarom terugbetaling van het uitgekeerde dividend en liet derdenbeslag leggen ten laste van PMR. PMR voerde vervolgens verweer inhoudende dat de jaarrekeningen waren gebaseerd op de gegevens zoals die op dat moment bij PMR bekend waren en dat BB hiervan op de hoogte was. Op grond van de destijds bekende stukken mocht volgens PMR de dividenduitkering worden gedaan omdat het eigen vermogen groter was dan de reserves. PMR vorderde opheffing van het door BB gelegde derdenbeslag.

**Oordeel voorzieningenrechter: toepassing van artikel 2:216 BW (Flex-BV)**

Volgens de voorzieningenrechter zijn de beschikbaarheid van (enkel) een kolommenbalans en/of de grootboekkaarten, dan wel de summiere jaarrekeningen, voldoende grondslag voor een uitkeringsbesluit. Overigens stelt de huidige tekst van artikel 2:216 BW niet meer de eis dat er een vastgestelde jaarrekening moet zijn.<sup>3</sup> Als de AV een uitkering gaat vaststellen, zullen er wel voldoende financiële gegevens moeten zijn aan de hand waarvan ten eerste kan worden vastgesteld of het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (*balanstest*) en ten tweede of er zich niet de situatie voordoet die in artikel 2:216 lid 3 BW wordt beschreven (*uitkeringstest*), namelijk dat de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar (voorzienbaar) opeisbare schulden.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat in voornoemde stukken de essentialia van een jaarrekening zijn opgenomen, te weten de relevante onderdelen van de balans (activa, passiva, eigen vermogen en vreemd vermogen) en die van de winst- en verliesrekening (opbrengsten en kosten). Een jaarrekening dient een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en het resultaat alsmede - voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat - omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van een rechtspersoon. Nu de overgelegde overzichten de belangrijkste onderdelen bevatten op grond waarvan de financiële positie en het resultaat van de diverse vennootschappen (waarbij de juistheid van de inhoud in het midden wordt gelaten) kan worden beoordeeld en de jaarrekeningen van de vennootschappen over het boekjaar zijn vastgesteld door de AV, is voorsnog onvoldoende aannemelijk geworden dat niet is voldaan aan het bepaalde in artikel 2:216 BW, aldus de voorzieningenrechter. Hierbij wordt nog opgemerkt dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat op het moment van het in de vaststellingsovereenkomst bepaalde tijdstip (uiterlijk op 1 februari 2013) van het doen van de dividenduitkering - welk moment ongeveer gelijk viel met het einde van het boekjaar - reeds volledige jaarrekeningen zouden zijn opgesteld. BB wist dit, althans had dit moeten dan wel kunnen weten.

De voorzieningenrechter wijdt ook een overweging aan de stelling dat het eigen vermogen negatief zou zijn geworden. Dividend mag op grond van het bepaalde in artikel 2:216 BW alleen worden uitgekeerd indien het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves. Sinds de inwerkingtreding van de Flex-BV is een besluit tot uitkering niet geldig zonder de goedkeuring van het bestuur. Niet weersproken is dat die goedkeuring is verleend. Gesteld noch gebleken is welke wettelijke reserves hadden moeten worden aangehouden. Ten aanzien van de statutaire reserves geldt dat een kapitaal van € 18.000 aangehouden diende te worden.<sup>4</sup>

De voorzieningenrechter concludeert dat BB volstrekt onvoldoende aannemelijk maakt dat de AV niet had mogen overgaan tot een dividenduitkering van € 250.000. PMR heeft de notulen van de AV overgelegd waaruit blijkt dat het voorstel om het dividend uit te keren door de AV is aanvaard. Verder merkt de voorzieningenrechter op dat de stukken die door de AV zijn gebruikt, zijn aan te merken als een jaarrekening. Hierbij wijst de voorzieningenrechter erop dat BB ook wist, of behoorde te weten, dat het moment van dividenduitkering haast samenviel met het einde van het boekjaar en dat op dat moment nog geen volledige jaarrekening beschikbaar was. De voorzieningenrechter maakt een eigen berekening en komt tot de conclusie dat er zelfs meer geld beschikbaar was (€ 336.000) dan de gedane uitkering (€ 250.000) belooft. De voorzieningenrechter gaat dan ook over tot

toewijzing van de vordering en aldus tot opheffing van de ten laste van PMR gelegde beslagen.

### Commentaar: knelpunten in artikel 2:216 BW

Onderhavig vonnis - waarin werd geoordeeld dat er geen sprake was van ongeoorloofde uitkering van dividend volgens het nieuwe artikel 2:216 BW - is met name van belang omdat de rechtbank (in elk geval in kort geding) geen hoge eisen lijkt te stellen aan de inhoud van de uitkeringstest en ook genoeg neemt met financiële overzichten waaruit blijkt dat er een uitkeerbare reserve is en de vennootschap redelijkerwijs kan blijven voortgaan met het betalen van de op het moment van uitkering opeisbare schulden. Daarnaast eist de voorzieningenrechter geen formeel besluit van de AV, maar geeft aan dat kan worden volstaan met de notulen van een eerdere vergadering waaruit kan worden afgeleid dat tot uitkering is besloten. Deze ruime toepassing van artikel 2:216 BW past in de lijn van de Memorie van Toelichting (hierna: 'MvT'), namelijk dat het wetsartikel nimmer is bedoeld om de uitkering van dividend inhoudelijk moeilijker te maken. De minister geeft aan dat van meet af aan niet is beoogd om de bestuurdersaansprakelijkheid aan te scherpen; artikel 2:216 BW is aldus niet zo eng als de wettekst doet vermoeden. De goedkeuring kan al blijken uit de betaalbaarstelling door de directie; er is geen expliciete goedkeuring vereist. Volgens de MvT moet de beperkte balanstest niet plaatsvinden *'aan de hand van gegevens uit de mogelijk verouderde balans, maar aan de hand van de algehele financiële situatie van de vennootschap op het moment van uitkering'*.<sup>5</sup> In wezen betreft het codificatie van eerdere rechtspraak.<sup>6</sup> Artikel 2:216 BW is formeel een effectief middel maar in materieel opzicht lijkt dit in mindere mate het geval te zijn. De reikwijdte van de uitkeringstest ziet niet enkel op het kunnen blijven voldoen aan opeisbare schulden na uitkering van het dividend op het moment van uitkering maar ook op de *naar verwachting* opeisbare schulden. De beoordeling op going concern-basis ziet bovendien op een tijdvak van 1 jaar nadien, hetgeen de ruimte voor uitkering verkleint. De inhoud van de uitkeringstest naast de balanstest is niet geheel duidelijk maar lijkt met name in het leven te zijn geroepen om agressieve *private equity-praktijken* tegen te gaan. Voor weigering op andere gronden (zoals strijd met het vennootschapsrechtelijk belang/de toets aan het belang van de vennootschap) is echter tussenkomst van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam c.q. het enquêterecht de meer aangewezen route. Het is ten behoeve van de rechtszekerheid zinvol dat BV's vóór het doen van een uitkering die niet de 'oude' balanstest haalt, de statuten naar het nieuwe BV-recht wijzigen.<sup>7</sup>

NOOT 1 [\[terug\]](#)

Rechtbank Gelderland 17 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1976

NOOT 2 [\[terug\]](#)

JOR 2015/63, noot mr. P.H.N. Quist.

NOOT 3 [\[terug\]](#)

Prof. mr. W.J.M. van Veen, 'De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden bij de B.V.', TvOB 2015-I, p. 26.

NOOT 4 [\[terug\]](#)

Dit bedrag geldt voorsnog nog steeds nu geen wijziging van de statuten na 1 oktober 2012 op dit punt heeft plaatsgevonden en dit bedrag ook is vermeld in de jaarrekening/kolommenbalans. Dit is overigens een aandachtspunt bij alle bv's met statuten

naar oud BV-recht.

NOOT 5 [\[terug\]](#)

Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 29.

NOOT 6 [\[terug\]](#)

Zoals de uitspraken Nimox (HR 8 november 1991, NJ 1992,174, m.nt. Ma) en Reinders Didam Beheer c.s. / Gunning q.q. (HR 6 februari 2004, JOR 2004/67, m.nt. Van den Ingh).

NOOT 7 [\[terug\]](#)

Mr. K. Althaus LLM, Uitkeringen door BV's na 1 oktober 2012: verouderde statuten in het licht van vernieuwde wetsartikelen, V & O 2015, nummer 1.