



Dirk Buijs,  
advocaat bij BarentsKrans

barents  
krans

## Uitkeringen in het huidige BV-recht: een greep uit de spelregels

### Inleiding

Alweer tweeëneenhalf jaar geleden is het BV-recht flink op de schop gegaan. Een belangrijk verschil met het oude BV-recht betreft de nieuwe regels die crediteurenbescherming beogen. De wetgever heeft nieuwe (materieel grotendeels identieke) spelregels geïntroduceerd die in acht moeten worden genomen bij inkoop van eigen aandelen (2:207 BW), terugbetaling van kapitaal (2:208 BW) en het doen van uitkeringen (artikel 2:216 BW). In dit artikel zal ik mij concentreren op enkele aandachtspunten uit de regeling over uitkeringen.

Als het bestuur of aandeelhouders zich niet houden aan de spelregels ligt aansprakelijkheid (jegens de vennootschap, de boedel of derden)<sup>1</sup> op de loer. Ook zou een beroep op (faillissements)pauliana kunnen worden gedaan, die kan resulteren in een terugbetalingsverplichting voor de aandeelhouders.<sup>2</sup> Ook interessant is de vraag of de tegenstrijdig belang regels (art. 2: 239 lid 6 BW) van toepassing zijn op de rol van het bestuur bij een uitkering. Ik laat deze kwesties verder rusten.

### Besluitvorming (lid 1)

Uitgangspunt is dat de Algemene Vergadering (AV) bevoegd is tot het doen van uitkeringen. Deze bevoegdheden kunnen statutair echter worden beperkt of aan een ander vennootschapsorgaan worden toegekend (art. 2:216 lid 1 BW).

### Beperkte balanstest (lid 1)

Het eigen vermogen van een vennootschap mag door de uitkering niet dalen onder het bedrag dat ingevolge de

wettelijke of statutaire reserves ('gebonden reserves') dient te worden aangehouden (art. 2:216 BW). De financiële positie van de BV op het moment van uitkering is beslissend. Een BV kan zelf bepalen op basis van welk document wordt beoordeeld of er voldoende ruimte is voor de uitkering. De toets zelf wordt de (beperkte) balanstest genoemd. Een uitkeringsbesluit dat niet voldoet aan deze beperkte balanstest, is nietig. Bedragen die op basis van dit nietige besluit aan de aandeelhouder zijn uitgekeerd kunnen als 'onverschuldigd betaald' door de vennootschap worden teruggevorderd. Heeft betaling plaatsgevonden door verrekening (bijvoorbeeld in rekening-courant), dan wordt die verrekening geacht niet te hebben plaatsgevonden.

Het belang van de beperkte balanstest is gering, omdat gebonden reserves niet vaak voorkomen en de gebondenheid vaak kan worden weggepoetst als de reserves in de weg zitten bij een uitkering. Statutaire reserves, bijvoorbeeld een dividendreserve, kunnen worden opgeheven door een statutenwijziging. Voor de voornaamste wettelijke reserves, te weten de herwaarderingsreserve (art. 2:390 BW) en de reserve niet-uitkeerbare winst deelneming (art. 2:389 lid 6),<sup>3</sup> geldt dat deze in beginsel kunnen worden 'omgezet' in aandelen. Zijn er geen gebonden reserves (meer), dan kan een beperkte balanstest achterwege blijven.

Oplettendheid is wel geboden als de statuten van 'oude' BV's nog niet geheel in overeenstemming zijn gebracht met de nieuwe BV-wetgeving. Meestal bevatten zij dan standaardbepalingen die (vrijwel) letterlijk zijn overgeschreven van de oude uitkeringsregels van Boek 2 BW. In het oude regime diende ook het geplaatste kapitaal in stand te blijven. Volgens het overgangsrecht (art. 71 ONBW) geldt dat als de wet verandert, de

1 Op grond van respectievelijk art. 2:216 lid 3 BW, 2:248 BW (bijv. Gerechtshof Arnhem 19 februari 2002, *JOR* 2002/56 (Reinders/Didam)) en 6:162 BW (bijv. HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (Nimox/Van den End q.q.)).

2 Zie recent Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, *JOR* 2015/99 m.nt. Barneveld (Kelderman/Hage q.q.).

3 Zie voor de verschillende wettelijke reserves artikel 2:373 lid 1, sub c en lid 4 BW.



wetstekst van de nieuwe regeling in de plaats voor deze statutaire standaardbepalingen dient te worden gelezen, *tenzij* dat niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding. In de praktijk geeft deze overgangsregeling aanleiding tot onduidelijkheid, vooral als de statuten na invoering van het nieuwe BV-recht gedeeltelijk zijn gewijzigd, maar niet op deze punten. In de tot nu toe enige gepubliceerde uitspraak over toepassing van het 'nieuwe' artikel 2:216 BW is geoordeeld dat deze bepalingen dan kennelijk *bewust* zijn gehandhaafd zodat de statutaire verplichting tot het aanhouden van het geplaatst kapitaal (inmiddels) de strekking van een statutaire reserve heeft (en dus de uitzondering van art. 71 ONBW van toepassing is).<sup>4</sup> Als een voorgenomen uitkering het geplaatst kapitaal te boven gaat is het dus verstandig om eerst de statuten te wijzigen.

#### **Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen?**

De wettekst van artikel 2:216 BW verbiedt niet dat uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen worden gedaan als er geen gebonden reserves zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt bovendien dat de minister een negatief eigen vermogen niet als een struikelblok voor uitkeringen ziet. Een uitkering bij of leidend tot een negatief eigen vermogen lijkt bij afwezigheid van gebonden reserves dan ook mogelijk. Deze mogelijkheid kan onder omstandigheden goed van pas komen, bijvoorbeeld bij het optimaliseren van liquiditeitsstromen binnen concernverhoudingen. Over de vraag of uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen mogelijk zijn wordt echter ook anders gedacht en in de rechtspraak zijn (ook) op dit punt nog geen knopen doorgehakt.

#### **Uitkeringstest (lid 2)**

Een besluit tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur daaraan geen goedkeuring heeft verleend (art. 2:216 lid 2 BW). Zonder die goedkeuring is het dus niet mogelijk voor een aandeelhouder met een schuld aan de vennootschap om zich na een uitkeringsbesluit op verrekening te beroepen.<sup>5</sup> Bij een eenhoofdig bestuur kan het goedkeuringsbesluit besloten liggen in de betaalbaarstelling. Bij een meerhoofdig bestuur zal de goedkeuring echter moeten plaatsvinden met betrokkenheid van alle bestuurders. De wet geeft het bestuur maar weinig ruimte om de goedkeuring te weigeren, namelijk alleen indien het bestuur *op het moment van de uitkering* "weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden." De bestuurders dienen aan de hand van de liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit te toetsen of de continuïteit van de BV na de uitkering niet binnen afzienbare tijd in gevaar komt. Deze (bedrijfseconomische) goedkeuringsmaatstaf wordt de uitkeringstest genoemd en brengt mee dat alle gebeurtenissen, omstandigheden en risico's die op het moment van de uitkering aanleiding kunnen geven tot twijfel over de continuïteit van de onderneming, door het bestuur op basis van de beschikbare informatie gewogen en ingeschat moeten worden. De wetsgeschiedenis geeft aan dat daarbij ongeveer een jaar moet worden vooruitgekeken, maar onder omstandigheden kan dat langer zijn. Onderdeel van de uitkeringstest betreft uiteraard ook dat rekening wordt gehouden met contractuele afspraken over kapitaalinstandhouding, bijvoorbeeld met de bank. In die gevallen van 'contractuele reserves' zal een beperkte balansstest onderdeel moeten uitmaken van de uitkeringstest.

Hoewel de wet die ruimte dus niet biedt, zijn veel juridische schrijvers van mening dat bestuurders het vennootschappelijk belang (op straffe van aansprakelijkheid) toch bij de uitkeringstest moeten betrekken. Ook op dit punt wordt reikhalzend uitgekeken naar een richtinggevende uitspraak.

De uitkeringstest kan in de praktijk ook andere lastige vragen opleveren, zeker als er onduidelijkheid bestaat over de verplichtingen van de BV. Bijvoorbeeld in de situatie dat een BV verwickeld is in een of meer gerechtelijke procedures. Ook is het niet altijd vanzelfsprekend dat een jaar vooruit kan worden gekeken, bijvoorbeeld als de BV op het punt staat te worden overgenomen en in dat kader 'lichter' moet worden gemaakt middels een uitkering, maar het oude bestuur niet wordt gekend in de plannen van het nieuwe bestuur. Zeker onder dergelijke omstandigheden doet het bestuur er verstandig aan om vooraf advies in te winnen bij een (bedrijfs)jurist of een accountant. De Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants heeft met het oog op een dergelijke advisering inmiddels de, ook voor bedrijfsjuristen lezenswaardige, 'handreiking Balanstest en uitkerings-toets door het bestuur van een bv: ondersteunende rol van de accountant (samenstelpraktijk)' uitgebracht.

#### **Tot slot**

Er is nog veel onduidelijk over de nieuwe uitkeringsregels. In de rechtspraak zal moeten worden uitgemaakt waar de grenzen liggen. Tot die tijd zal (vooral) het bestuur moeten varen op eigen kompas, waarbij het aankomt op gezond (bedrijfseconomisch) verstand. Ook een kritische blik in de statuten kan problemen voorkomen. Als scherp aan de wind wordt gezeild zullen verstandige bestuurders – naast inwinnen van deskundig advies – zekerheidshalve – een vrijwaring bedingen van een (kredietwaardige) aandeelhouder.

<sup>4</sup> Rb Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 17 februari 2014, JOR 2015/63 m.nt. Quist (PMR/Borkens c.s.).

<sup>5</sup> Voor een geldig beroep op verrekening dient men immers te beschikken over een opeisbare vordering (art. 6:127 lid 2 BW).