

DE SPELREGELS BIJ EEN DIVIDENDUITKERING

Mr. Fenna van Dijk

In maart van dit jaar oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de bestuurder en commissaris van een B.V. aansprakelijk waren voor het tekort in de boedel van de failliete B.V. Het Hof vond namelijk dat de bestuurder en commissaris onzorgvuldig hadden gehandeld en hun taak onbehoorlijk hadden vervuld door uitvoering te geven aan dividendbesluiten. De besluiten tot uitkering van het dividend waren genomen door de aandeelhouder. Volgens het Hof handelde de aandeelhouder daarmee overigens onrechtmatig jegens de schuldeisers omdat de B.V. daarna niet in staat was de schuldeisers te voldoen. Hoe zat het ook alweer met de spelregels omtrent het uitkeren van dividend? Wat mag je als bestuurder wel of niet? En waar moet je als commissaris toezicht op houden?

De basisregel

Voor een B.V. geldt dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst. Die winst blijkt uit de vastgestelde jaarrekening. De algemene vergadering besluit tot uitkering van dividend. Het bestuur, en indien aanwezig, de Raad van Commissarissen hebben hierbij een adviserende stem. Sinds 1 oktober 2012 geldt de basisregel dat een uitkering van dividend echter alleen mag plaatsvinden als het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Dit is de eerste horde die genomen moet worden. Bovendien heeft een dividendbesluit van de algemene vergadering geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur moet toetsen of de vennootschap ná de dividenduitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit is de tweede horde. Als het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat dit niet het geval is, weigert

het bestuur de goedkeuring. Het bestuur mag de goedkeuring niet op andere gronden weigeren.

Sanctie bij overtreding van de basisregel

Sinds de invoering van deze zogeheten ‘uitkeringstest’ bij de B.V., is een bestuurder hoofdelijk verbonden voor het tekort dat is ontstaan door de uitkering, indien de vennootschap na een uitkering haar opeisbare schulden niet kan voldoen. Hierbij is van belang dat de bestuurders wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat dit het geval zou zijn. De aandeelhouder(s) die de uitkering ontvingen, moeten het tekort dat hierdoor is ontstaan vergoeden. Voor de toepassing van deze sanctie wordt met een bestuurder gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Deze persoon wordt ook wel de ‘feitelijke bestuurder’ genoemd. Zoals we in de onderhavige casus zullen zien, is dit een reëel risico.

De casus

Het is belangrijk om te weten dat de gedragingen van de aandeelhouder, bestuurder en commissaris plaatsvonden voordat de nieuwe basisregel in oktober 2012 werd ingevoerd. Vandaar dat de grondslag van de aansprakelijkheid van de bestuurder en commissaris werd gevonden in ‘onbehoorlijk bestuur’ in geval van faillissement. Ook kon de aandeelhouder in de periode voor oktober 2012 nog niet worden gedwongen om het ontvangen dividend terug te storten en werd hier hetzelfde effect bereikt door te oordelen dat de aandeelhouder onrechtmatig had gehandeld jegens de schuldeisers. Wat was hier aan de hand? Heel in het kort: de B.V. verrichtte onderhoud en reparatie aan schepen. In

2005 werd de B.V. veroordeeld tot betaling aan de Staat van afgerond 1,2 miljoen euro aan bodemsaneringskosten van een haven. De B.V. ging hiertegen in beroep. In 2009 werd in de hoger beroepsprocedure een deskundigenrapport uitgebracht waarin de B.V. werd aangewezen als de veroorzaker van de vervuiling. In plaats van een voorziening op te nemen in de jaarrekening ter betaling van de 1,2 miljoen aan de Staat, keerde de B.V. in 2008 en 2009 dividend uit aan haar aandeelhouder voor in totaal (afgerond) 1,3 miljoen euro.

Onzorgvuldig handelen

Volgens het Hof hadden de bestuurders vanaf het moment van het deskundigenrapport er ernstig rekening mee moeten houden dat een veroordeling in hoger beroep (net als bij de rechtbank) niet meer was te voorkomen. Hierop hadden ze maatregelen moeten treffen, bijvoorbeeld door een voorziening op te nemen in de jaarrekening. Als het bestuur in 2008 en 2009 namelijk een dergelijke voorziening had opgenomen, had de aandeelhouder in die jaren geen dividend kunnen (laten) uitkeren. Bovendien had het bestuur de aandeelhouder moeten waarschuwen dat met het doen van die uitkeringen, het voldoen aan de vordering van de Staat vrijwel zeker onmogelijk zou worden. Overigens was de commissaris van de B.V. de bestuurder van de aandeelhouder, dus die kennis wordt door het Hof aanwezig geacht. Door dit alles na te laten, handelden de bestuurder en commissaris onzorgvuldig en hebben zij hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld. Dit leverde voor beide functionarissen een hoofdelijke aansprakelijkheid op voor het boedelttekort.

De rol van de commissaris

Dan zoomen we nog even in op de rol van de commissaris in deze casus. De commissaris was tot 2001 bestuurder van de B.V. en werd, zoals vaker bij familiebedrijven, opgevolgd door zijn zoon en na zijn aftreden benoemd tot commissaris. Het Hof stelde vast dat de commissaris ook na zijn aftreden als bestuurder het beleid bleef bepalen en merkte hem daarom aan als feitelijk bestuurder. Zijn bemoeienissen met de gang van zaken binnen de B.V. leverde de commissaris hier dus een

hoofdelijke aansprakelijkheid op. Ook onder het nieuwe recht inzake de dividenduitkering was dit de uitkomst geweest. Bovendien oordeelde het Hof dat de commissaris ook in de hoedanigheid van commissaris ernstig tekort was geschoten omdat hij niet ingreep waar dit noodzakelijk was.

En hoe zit het dan met de accountant?

Het Hof oordeelde dat de bestuurder en commissaris zich niet konden verschuilen achter de accountant die het niet nodig vond een voorziening op te nemen. Het wel of niet opnemen van een voorziening is een bestuursverantwoordelijkheid. Met de vinger wijzen naar de accountant hielp dus niet.

Over de auteur

Mr. Fenna van Dijk is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg Kennedy Van der Laan. Fenna begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.

