

Dividend, decharge & disculpatie

Reactie op “Dividend en decharge” van mw. mr. J.E. Brink-van der Meer, prof. mr. J.B. Huizink en mr. P.A. Ledeboer in WPNR (2011) 6874

1. Inleiding

In WPNR 2011/6874 staan Brink-van der Meer, Huizink en Ledeboer (hierna: “auteurs”) kort stil bij de regeling inzake dividenduitkeringen zoals voorgesteld in het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht.¹ De auteurs gaan in het bijzonder in op de door het wetsvoorstel geïntroduceerde goedkeuringsbevoegdheid voor bestuurders bij uitkeringen, de daarmee gepaard gaande aansprakelijkheidsregeling en de gevolgen voor deze aansprakelijkheid van een eventuele decharge. Hierna maak ik enkele, ook kritische, kanttekeningen bij hun betoog, omdat de schrijvers mijns inziens een aantal relevante aspecten on(der-)belicht laten. Vervolgens ga ik in op een ander onderdeel van de voorgestelde regeling dat de aansprakelijkheid van bestuurders vanwege ongeoorloofde uitkeringen beperkt: de disculpatiemogelijkheid.

2. De wenselijkheid van een goedkeuringsbevoegdheid bij uitkeringen

Het wetsvoorstel introduceert in art. 2:216 BW een goedkeuringsbevoegdheid voor bestuurders ten aanzien van de uitkering van dividend, waartoe de algemene vergadering heeft besloten.² Bestuurders zullen moeten nagaan of de vennootschap na uitkering zal kunnen voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden en bij een negatief luidend antwoord op deze vraag hun goedkeuring aan de uitkering moeten onthouden. Verlenen zij goedkeuring aan de uitkering in de (al dan niet geobjectiveerde) wetenschap dat de vennootschap daarna niet kan voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden, dan zijn de bestuurders op grond van art. 2:216 lid 3 BW hoofdelijk verbonden voor het ‘tekort’ dat door de uitkering is ontstaan.

De voorgestelde goedkeuringsbevoegdheid van bestuurders is in de tweede nota van wijziging geschrapt om vervolgens door een amendement van kamerlid Irrgang weer terug te keren in het wetsvoorstel. Auteurs stellen dat het schrappen van de goedkeuringsbevoegdheid juist tot vreugde stemde. Ik wijs erop dat die vreugde dan wellicht bestond bij de auteurs, maar niet wijd verbreid was: in de ondernemingsrechtelijke literatuur is nagenoeg unaniem afwijzend gereageerd op het schrappen van de goedkeuringsbevoegdheid in de tweede nota van wijziging.³ Door de herintroductie van de bevoegdheid in hun bijdrage toe te dichten aan het chaotische verloop van de parlementaire behandeling, verliezen de auteurs derhalve dit brede draagvlak voor de (her)introductie van de goedkeuringsbevoegdheid uit het oog.

Een beslissende stem voor het bestuur bij uitkeringen is overigens in internationaal perspectief bepaald geen rariteit. Zo behoort in de wetgeving van alle Amerikaanse staten het besluiten tot uitkering van dividend tot de exclusieve bevoegdheid van het bestuur.⁴ De Engelse *Companies Act 2006* regelt niets omtrent de uitkering van dividend, maar de door de wetgever ontworpen modelstatuten voorzien wél in een regeling: aandeelhouders kunnen ingevolge die regeling slechts tot uitkering besluiten indien en voor zover het bestuur een aanbeveling heeft gedaan ter zake van het uit te keren bedrag.⁵ Zonder een dergelijke aanbeveling is uitkering dus niet mogelijk.

De auteurs voeren tegen de voorgestelde goedkeuringsbevoegdheid aan dat deze in veel gevallen een (te) zware last legt op de schouders van bestuurders van ondergeschikte groepsmaatschappijen. Het zou feitelijk niet de bestuurder, maar de aandeelhouder zijn die in dergelijke verhoudingen over de uitkering beslist. Dit spanningsveld bestaat echter tevens onder het huidige recht. Ook nu dient een bestuurder altijd een eigen afweging te maken indien hij zijn medewerking verleent aan (de betaalbaarstelling van) een dividenduitkering. Dat de AVA de bestuurder kan ontslaan en mogelijk druk zal uitoefenen om tot uitkering over te gaan, doet daar niets aan af. Recentelijk is hieromtrent nog eens door Rechtbank Arnhem in heldere bewoordingen overwogen:

“Wanneer [de aandeelhouder] [failliet] leegplukt of tot onverstandig handelen wil brengen, is het de bestuurder van [failliet] die dat *niet alleen kan, maar ook moet tegenhouden*. Was [gedaagde] wat dit betreft niet tegen [de aandeelhouder] opgewassen, dan was hij niet opgewassen tegen zijn eigen taak als bestuurder. Hoe vervelend dit ook voor hem is, het onderschrijft slechts dat hij zijn taak onbehoorlijk vervulde.”⁶ (Curs. JB)

1. J.E. Brink-van der Meer, J.B. Huizink & P.A. Ledeboer, ‘Dividend & Decharge’, WPNR 2011-6874, p. 123-124.
2. In deze bijdrage wordt uitgegaan van het wetsvoorstel zoals dat thans aan de Eerste Kamer voorligt: *Kamerstukken* 2009/10, 31 058, nr. A.
3. M.L. Lennarts & H.E. Boschma, ‘Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournure van de wetgever’, WPNR 2009-6791, p. 227-229; A.E.C. de Savornin Lohman, ‘Struisvogelpolitiek bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht’, V&O 2009, p. 141-145; P.J. Dortmund, ‘De tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht’, *Ondernemingsrecht* 2009-4.; B.F. Assink, ‘Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur’, in: *Preadviezen voor de Vereniging ‘Handelsrecht’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 63 en J. Barneveld, ‘Flexibele regels inzake uitkeringen. Over doorbraak, restitutie & aansprakelijkheid’, WPNR 2009-6809, p. 693-701.
4. Zie bijvoorbeeld § 170 (a) Delaware General Corporation Law en § 510 New York Business Corporation Law. Zie ook § 6.40 (a) *Revised Model Business Corporation Act*.
5. § 30 (2) Model Articles for Private Companies Limited by Shares.
6. Rb Arnhem 29 september 2010, LJN: BN9333.

Van de bestuurder wordt kortom verwacht dat hij zijn rug recht houdt, ook in relatie tot een moedermaatschappij, en dat lijkt me een juiste zienswijze. Indien de AVA tegen de zin van het bestuur tot uitkering besluit, zal het bestuur onder het huidige recht slechts kunnen voorkomen dat de uitkering betaalbaar wordt gesteld. Het bestuur kan echter niet verhinderen dat de aandeelhouder, na het nemen van een uitkeringsbesluit, een schuld aan de vennootschap verrekent met de uitkering. Daarnaast rijzen in het huidige stelsel lastige vragen inzake de verifieerbaarheid van de dividendvordering indien de AVA tegen de wil van het bestuur voor faillissement tot uitkering besluit. Door de introductie van de goedkeuringsbevoegdheid krijgt het bestuur een vetorecht in de besluitvormingsfase en wordt zo een belangrijk deel van deze problematiek weggenomen. Na de introductie *moet* het bestuur niet alleen de uitkering tegenhouden indien het vreest dat deze de continuïteit van de vennootschap in gevaar brengt, maar *kan* het dat ook.

3. De beperkte bescherming van decharge

3.1. Decharge en dividend

De auteurs geven aan dat de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 lid 3 BW een uitwerking inhoudt van de norm vervat in art. 2:9 BW. De AVA kan daarom het uit de bepaling voortvloeiende aansprakelijkheidsrisico wegnemen door het bestuur decharge te verlenen ter zake van de uitkering. Is daarmee de kous af? Ik zou menen van niet. Ook indien decharge zal worden verleend, dienen bestuurders zich ervan te vergewissen dat de vennootschap na een uitkering zal kunnen voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden. De decharge neemt het interne aansprakelijkheidsrisico niet geheel weg en het externe aansprakelijkheidsrisico in het geheel niet weg. Ik bespreek dit hierna.

3.2. Decharge voorkomt niet zonder meer interne aansprakelijkheid

Indien bestuurders zijn gedechargeerd ter zake van een uitkering kunnen zij daarna in beginsel niet worden aangesproken door de vennootschap (of namens haar een curator) op grond van art. 2:216 lid 3 BW en art. 2:9 BW. Het door de AVA genomen dechargebesluit is een direct extern werkend besluit; daardoor doet de vennootschap afstand van haar mogelijkheden om bestuurders aan te spreken vanwege de uitkering.⁷ Het is echter goed mogelijk dat het dechargebesluit kan worden aangevochten.⁸ Indien bijvoorbeeld de aandeelhouders ten tijde van de decharge wisten of behoorden te weten dat de uitkering niet goedgekeurd had mogen worden, is verdedigbaar dat het dechargebesluit op grond van art. 2:15 BW vernietigbaar is wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.⁹ In de literatuur is opgemerkt dat een decharge ondanks bekendheid van de AVA met de gepleegde handelingen, vernietigbaar kan zijn vanwege een te grote verwaarlozing van het belang van de vennootschap en de

met haar verbonden onderneming.¹⁰ Mijns inziens is daarvan sprake indien de AVA het bestuur dechargeert in de wetenschap dat de uitkering de continuïteit van de vennootschap in gevaar brengt. Deze situatie is geenszins denkbeeldig aangezien de leden van het dechargeerende orgaan immers zelf een direct belang hebben bij de uitkering; een belang dat toeneemt indien de continuïteit van de vennootschap in het geding is.¹¹

Daarnaast heeft Bier er onlangs op gewezen dat een dechargebesluit kan worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling van de vennootschap en daarom tevens aan vernietiging op grond van de pauliana blootstaat.¹² Daar kan aan worden toegevoegd dat het een rechtshandeling om niet betreft, nu de vennootschap voor de kwijting geen tegenprestatie krijgt.¹³ Indien de aandeelhouders ten tijde van de decharge wisten of behoorden te weten dat crediteurenbenadeling daarvan het gevolg zou zijn, kan derhalve de curator in faillissement het besluit vernietigen.¹⁴ Indien de vennootschap binnen een jaar na de decharge faillieert, wordt de wetenschap van benadeling zelfs vermoed aanwezig te zijn geweest.¹⁵

7. Zie H. Beckman, 'Decharge en interne aansprakelijkheid', in: J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 292.
8. Dit wordt door de auteurs onderkend in voetnoot 13.
9. In faillissement kan ook de curator deze vernietiging vorderen. De bevoegdheid om vernietiging te vorderen vervalt een jaar na het einde van de dag waarop aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, zie art. 2:15 lid 5 BW.
10. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuw Weme 2-II* 2009, nr. 481. Recentelijk is deze overweging instemmend aangehaald door A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/227 m.nt. Wezeman (De Rouw), overweging 3.7. Timmerman wijst er op dat ook het belang van de vennootschapscrediteuren gemoeid kan zijn bij een decharge. Zie ook Van Schilfgaarde/Winter 2009, nr. 111: "Te bedenken is ook dat een decharge-besluit vernietigbaar kan zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, indien daarmee de belangen van minderheidsaandeelhouders of andere bij de organisatie van de vennootschap betrokken personen onevenredig worden geschaad." (curs. JB) Raaijmakers is overigens terecht kritisch ten aanzien van de uitspraak inzake De Rouw, zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'De Rouw: strekking en reikwijdte decharge als verweer tegen bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement', *Ars Aequi* 2011, p. 214-220.
11. Bier geeft aan dat het niet "zonder meer logisch" is dat decharge geschiedt door de AVA. Zie B. Bier, 'De marge van decharge', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 45.
12. B. Bier, 'Rondom decharge', *TOP* 2010/8, p. 304. Zo ook Van Schilfgaarde/Winter 2009, nr. 96 onder d en H. Beckman, 'Decharge en interne aansprakelijkheid', in: J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 262.
13. Zie over de rechtshandeling om niet bijvoorbeeld N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer: Kluwer 2005, p. 334.
14. Art. 42 Fw.
15. Art. 43 lid 4 sub a Fw.

Indien het dechargebesluit (op grond van art. 2:15 BW of art. 42 Fw) met succes wordt vernietigd, herleeft de mogelijkheid om de bestuurders op grond van het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW (of art. 2:9 BW) aan te spreken voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.¹⁶ Dat decharge kan worden verleend ter zake van dividenduitkeringen impliceert derhalve niet – zoals door auteurs in genoemde bijdrage wordt geconcludeerd – dat de introductie van de interne aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 BW van weinig betekenis is.¹⁷

3.3. *Decharge voorkomt geen externe aansprakelijkheid*

Nog meer van belang is dat decharge in het geheel geen invloed heeft op het externe aansprakelijkheidsrisico dat uit de uitkering voortvloeit. De AVA kan de bestuurders nu eenmaal niet kwijten van hun verplichtingen jegens derden. De decharge heeft louter interne werking en dus geen gevolgen voor de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel en de vennootschapscrediteuren.¹⁸

Zo blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad dat indien de uitkering kan worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap, bestuurders het risico lopen door de curator te worden aangesproken op grond van art. 2:248 BW.¹⁹ Daarnaast is het mogelijk dat de bestuurders door vennootschapscrediteuren (of namens hen de curator) worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad. Met name in het licht van zeer recente jurisprudentie is het opvallend dat de auteurs dit aansprakelijkheidsrisico niet signaleren.²⁰

3.3.1. *Aansprakelijkheid wegens medewerking aan het dividendbesluit*

Zo blijkt bijvoorbeeld uit een recente uitspraak van Rechtbank Almelo dat bestuurders het risico lopen te worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad indien zij meewerken aan een uitkering gebaseerd op een balans waarin een te lage reserve is opgenomen voor een toekomstige verplichting van de vennootschap.²¹ Hoewel de rechtbank oordeelde dat de bestuurders in casu voldoende zorgvuldig waren geweest ten aanzien van de opgenomen reserve, overwoog hij:

“Om tot persoonlijke aansprakelijkheid van [bestuurders] te komen dient [...] hen een ernstig persoonlijk verwijt gemaakt te worden dat op [de dag van de dividenduitkering] de reserve ten behoeve van [de crediteur] niet hoger is aangehouden.”

Hoewel de aansprakelijkheidsnorm hier wordt geënt op de vaststelling van (de omvang van) de reserve, komt de overweging er de facto op neer dat de bestuurders op de dag van de dividenduitkering rekening moesten houden met de voorzienbare toekomstige verplichting van de vennootschap.

In een onlangs gewezen vonnis van Rechtbank Arnhem werd langs andere lijnen tot een inhoudelijk vergelijkbaar oordeel gekomen.²² Daarin overwoog de rechtbank dat de vraag niet is of er een (juiste) voorziening is getroffen in de jaarrekening, maar dat het er om gaat of de vennootschap na de uitkering haar schulden kan betalen. In deze zaak stelde de rechtbank vast dat bestuurders een ernstig verwijt trof nu zij op de dag van uitkering redelijkerwijs behoorden te begrijpen dat daardoor de vennootschap haar verplichtingen jegens de crediteur niet zou nakomen en ook geen enkel verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade. De rechtbank bepaalde daarom dat de bestuurders op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk waren voor de uit de uitkering voortvloeiende schade.

De Rechtbank Amsterdam kwam recentelijk tot een vergelijkbare overweging.²³ In deze zaak trachtte een curator de bestuurder aan te spreken vanwege diens medewerking aan een uitkering op basis van een balans waarin ten onrechte een te lage voorziening was opgenomen. De rechtbank stelde vast dat het kapitaalbeschermingsrecht restrictief moet worden uitgelegd en dat derhalve uit het feit dat een voorziening in de balans te laag is opgenomen niet volgt dat de op die balans gebaseerde uitkering nietig is vanwege strijd met art. 2:216 lid 2 BW. De rechtbank overwoog vervolgens dat het beperkte kapitaalbeschermingsrecht wordt aangevuld met zorgvuldigheidsnormen voor aandeelhouders en bestuurders.

“[Het] is denkbaar dat [de bestuurders] aansprakelijk zijn jegens de crediteuren voor het verlenen van medewerking aan de totstandkoming van deze [dividend]besluiten en de daadwerkelijke uitkering van het dividend,

16. Art. 2:16 lid 2 vereist daarvoor wel dat de bestuurder het gebrek dat aan het dechargebesluit kleefde, kende of behoefde te kennen. Dat zal bij een decharge ter zake van een uitkering in de regel het geval zijn.
17. De introductie van de bijzondere aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 lid 3 BW is overigens wel in die zin van weinig betekenis, dat deze niets toevoegt aan de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:9 BW. Na het schrappen van het aanvankelijk in het ambtelijk voorontwerp neergelegde bewijsvermoeden biedt de bijzondere aansprakelijkheidsregeling de vennootschap (en de curator) niets meer dan hetgeen op grond van art. 2:9 BW mogelijk is.
18. Zie HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 m. nt. Ma (Ellem/De Bruin).
19. HR 6 februari 2004, JOR 2004/67 m. nt. Van den Ingh (Reinders-Didam). Lid 6 van art. 2:248 BW bepaalt dat een aan de bestuurder verleende kwijting niet in de weg staat aan het instellen van de vordering.
20. Na de introductie van de bijzondere interne aansprakelijkheidsnorm in art. 2:216 lid 3, blijft dit externe aansprakelijkheidsrisico vanzelfsprekend onverminderd aanwezig.
21. Rb Almelo 2 februari 2011, LJN: BP3448.
22. Rb Arnhem 13 oktober 2010, LJN: BO1632.
23. Rb Amsterdam 21 april 2010, JOR 2011/1 m. nt. Bier.

althans het niet verhinderen daarvan. [Hier] geldt het criterium: *indien zij wisten, althans behoorden te weten dat de uitkeringen de continuïteit van de desbetreffende vennootschap ernstig in gevaar zou brengen*, plegen zij in beginsel een onrechtmatige daad jegens de crediteuren van de vennootschap.” (Curs. JB)

Het door de rechtbank geformuleerde aansprakelijkheids criterium lijkt inhoudelijk gelijk te zijn aan het criterium voor aansprakelijk op grond van het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW. Uitkeringen die er immers toe leiden dat de vennootschap niet zal kunnen voortgaan met de betaling van haar opeisbare verplichtingen, brengen evident haar continuïteit in gevaar.

3.3.2. Aansprakelijkheid wegens betaling van het dividend

Ook indien de medewerking van het bestuur aan het uitkeringsbesluit als zodanig niet onrechtmatig is, lopen bestuurders risico's indien zij op een later moment overgaan tot de betaalbaarstelling van het dividend. In de rechtspraak van de afgelopen jaren is een duidelijke toename zichtbaar van de bereidheid van rechters om bestuurders aansprakelijk te achten omdat zij in de periode voor faillissement onrechtmatig selectief hebben betaald.²⁴ Op basis van een aanzienlijke hoeveelheid (hoofdzakelijk lagere) rechtspraak kan inmiddels worden vastgesteld dat (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) de bestuurder die schulden van de vennootschap betaalt terwijl hij weet of behoort te weten dat het faillissement van de vennootschap redelijkerwijs te verwachten is, een aanzienlijk risico loopt op grond van onrechtmatige daad door de curator of crediteuren te worden aangesproken. Het gegeven dat de verrichte betaling ten goede kwam aan aandeelhouders, bestuurders of groepsmaatschappijen is voor sommige rechters reden om de verrichte betaling extra kritisch te benaderen.²⁵ De bestuurder die een dividend aan de aandeelhouder betaalbaar stelt met de genoemde wetenschap loopt derhalve naar huidig en voorgesteld recht een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico omdat de betaalbaarstelling mogelijk als onrechtmatig selectief kan worden aangemerkt. Ook dit externe aansprakelijkheidsrisico wordt door een eventuele decharge niet weggenomen.

4. Wanneer is disculpatie mogelijk?

Nu blijkt dat decharge slechts in beperkte mate bescherming biedt, zullen bestuurders die twijfelen over de toelaatbaarheid van een uitkering geïnteresseerd zijn in hun disculpatiemogelijkheden. Het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW bepaalt dat voor een ongeoorloofde uitkering “niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden”.

Deze twee cumulatieve vereisten voor disculpatie lijken één op één te zijn overgenomen uit art. 2:9 BW. Aan laatstgenoemd artikel ligt de gedachte ten grondslag dat een bestuurder aan wie een onbehoorlijke taakvervulling niet te wijten is, niettemin de plicht draagt om schadebeperkende maatregelen te treffen indien hij bekend raakt met de onbehoorlijke taakvervulling van zijn medebestuurder(s).

Het is echter onduidelijk hoe de in het voorgestelde art. 2:216 lid 3 opgenomen disculpatiemogelijkheid bij ongeoorloofde uitkeringen dient te worden toegepast. De toelichting bij het wetsvoorstel is vrij summier op dit punt.²⁶ Wat verlangt de voorgestelde regeling precies van de bestuurder die het niet eens is met (de omvang van) de uitkering en die zich in de toekomst wil kunnen disculperen terwijl de meerderheid van zijn medebestuurders de uitkering doorzet? Welke maatregelen dient deze bestuurder te treffen om de gevolgen van de uitkering af te wenden?²⁷ Er zal toch niet van hem worden gevergd dat hij de betaalbaarstelling van de uitkering tracht te dwarsbomen? Het directe gevolg van de uitkering is de netto afname van het eigen vermogen van de vennootschap; daar kan de bestuurder niets aan veranderen. Waarschijnlijk doelt de wetgever hier op maatregelen die de bestuurder dient te nemen om de *indirecte* gevolgen van de uitkering af te wenden; zoals het aantrekken van krediet om een door de uitkering veroorzaakt liquiditeitstekort het hoofd te bieden. Deze verplichting vloeit echter reeds voort uit de algemene norm van art. 2:9 BW;²⁸ de financiële gezondheid van de onderneming gaat alle bestuurders aan en indien de continuïteit van de onderneming in gevaar is (ongeacht de reden daarvan), dienen bestuurders de noodzakelijke maatregelen te nemen. Zou het tweede disculpatie-vereiste in het voorgestelde art. 2:216 lid 3 daarom niet beter geschrapt kunnen worden zodat de mogelijke interne aansprakelijkheid van de bestuurder vanwege diens tekortschietende optreden *na* de uitkering haar grondslag dient te vinden in art. 2:9 BW?

24. Overigens dient deze ontwikkeling mijns inziens niet zonder meer te worden toegejuicht. Vooral niet indien de bestuurder wordt aangesproken vanwege betalingen die in het kader van een reddingsoperatie zijn verricht aan niet aan de vennootschap gelieerde crediteuren. Zie ook S. Bartman, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)-betaling. Een klusje voor de business judgment rule’, *Ars Aequi* 2011, p. 126-130 en J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, één pot nat?’, *O&F* 2009, 17.

25. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 19 januari 2010, *JOR* 2010/113 m. nt. Rijckenberg.

26. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.

27. Dit is reeds eerder opgemerkt in B. Bier, ‘Het verleden, heden en de toekomst van de kapitaalbescherming’, in: *De vereenvoudigde BV (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2006)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 253.

28. Dit wordt ook in de memorie van toelichting onderkend: “Dit volgt reeds uit de algemene regeling voor interne aansprakelijkheid in artikel 9, maar is met het oog op de duidelijkheid tevens opgenomen in de regeling voor uitkeringen aan aandeelhouder.” *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.

Bij een positief luidend antwoord op voorgaande vraag zou voor een succesvol beroep op disculpatie in het kader van het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW voldoende zijn dat de uitkering niet aan de bestuurder te wijten is. Een mogelijke benadering van deze kwestie kan worden gevonden aan de andere kant van de oceaan: in de Amerikaanse *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA) is bepaald dat louter bestuurders die hebben gestemd voor een ongeoorloofde uitkering of daarmee hebben ingestemd, aansprakelijk zijn.²⁹ Bestuurders die niet voor het dividend hebben gestemd worden geacht daarmee niettemin te hebben ingestemd, tenzij expliciet in de notulen van de bestuursvergadering is vastgelegd dat de bestuurder het oneens is met de uitkering.³⁰ Indien zulks is geschied, kan de bestuurder op een later moment niet worden aangesproken vanwege de uitkering. Bestuurders die niet bij de vergadering aanwezig kunnen zijn, dienen hun bezwaren tegen de dividenduitkering voor of direct na de vergadering schriftelijk kenbaar te maken.

Mijns inziens is goed verdedigbaar dat een uitkering niet te wijten is aan de bestuurder die tegen de desbetreffende uitkering stemt en in de notulen van de vergadering laat opnemen dat hij tegen (de omvang van) de uitkering is. Deze bestuurder heeft dan immers niet bijgedragen aan de totstandkoming van het goedkeurende bestuursbesluit en zou zich mijns inziens daarom moeten kunnen disculperen indien hij aansprakelijk wordt gesteld op grond van het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW. Daarnaast hoeft deze bestuurder in beginsel ook geen externe aansprakelijkheid meer te vrezen vanwege de ongeoorloofde uitkering.³¹ Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geldt niet het collegiale uitgangspunt; daarvoor is vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Een dergelijk persoonlijk verwijt kan mijns inziens niet worden gemaakt aan de bestuurder die (door tegen de uitkering te stemmen) heeft gedaan wat binnen zijn mogelijkheden lag om de uitkering te voorkomen. Om er helemaal zeker van te zijn dat hij niet alsnog met een externe aansprakelijkheid wordt geconfronteerd, kan de betreffende bestuurder de betaalbaarstelling van het dividend beter aan zijn medebestuurders overlaten.

5. Conclusie

Ook indien de AVA bereid is het bestuur decharge te verlenen ter zake van een dividenduitkering, doen bestuurders er verstandig aan na te gaan of de vennootschap na de uitkering zal kunnen voortgaan met de betaling van haar opeisbare schulden. Uit recente rechtspraak blijkt dat het verlenen van medewerking aan een uitkering in de (al dan niet geobjectiveerde) wetenschap dat deze de continuïteit van de vennootschap in gevaar brengt, kan leiden tot een niet door de decharge gedekte aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Daarnaast is onder omstandigheden tevens mogelijk dat het door de AVA genomen

dechargebesluit vernietigbaar is zodat het interne aansprakelijkheidsrisico herleeft.

Overigens dient te worden vastgesteld dat thans nog onvoldoende duidelijk is wat de wetgever verwacht van een bestuurder die het oneens is met een uitkering terwijl de rest van het bestuur de uitkering doorzet. Een praktische oplossing voor deze kwestie zou kunnen worden ontleend aan het Amerikaanse recht.

*Mr. J. Barneveld**

29. § 8.33 RMBCA.

30. § 8.24 (d) RMBCA. De toelichting bij de bepaling merkt op dat de bestuurder die gestemd heeft voor het dividend, niet meer de mogelijkheid heeft om in de notulen een afwijkende mening te laten opnemen.

31. Wat niet wegneemt dat aansprakelijkheid vanwege tekortschietend optreden *na* de uitkering vanzelfsprekend mogelijk blijft op grond van art. 2:9, 2:248 of 6:162 BW.

* Promovendus/docent aan de Universiteit van Amsterdam. (J.barneveld@uva.nl)