

MR. B. VERKERK

Aansprakelijkheid in verband met uitkeringen in het vereenvoudigde BV-recht

Inleiding

Het voorstel voor de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht¹ bevat ten opzichte van het huidige recht belangrijke wijzigingen op het punt van uitkeringen aan aandeelhouders.² In het nieuwe stelsel komt in verband met deze uitkeringen een sleutelrol toe aan het bestuur. Er wordt een uitkeringstest geïntroduceerd die het bestuur bij alle in de wet geregelde vormen van uitkeringen aan aandeelhouders moet uitvoeren. Aan uitkeringen die plaatsvinden terwijl dat gelet op de uitkomst van deze test niet zou mogen, wordt aansprakelijkheid van bestuurders gekoppeld. Aandeelhouders die wisten of behoorden te voorzien dat de uitkering ongeoorloofd was, lopen het risico de uitkering te moeten terugbetalen. In deze bijdrage worden de voorstellen met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders en de terugbetalingsplicht van aandeelhouders aan een kritische beschouwing onderworpen.

In het navolgende zullen allereerst de voorgestelde regelingen met betrekking tot uitkeringen aan aandeelhouders worden besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag hoe de voorgestelde aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en aandeelhouders

zich verhouden tot bestaande wetgeving en jurisprudentie. In dat kader zal onder meer worden beoordeeld of deze sancties een verzwarende aansprakelijkheid zullen betekenen voor bestuurders en aandeelhouders. Dit mede naar aanleiding van de bezwaren die recent door VNO-NCW en MKB Nederland zijn opgeworpen tegen de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders onder het voorgestelde systeem.³ Vervolgens zal in verband met de voorgestelde sanctie van bestuurdersaansprakelijkheid worden ingegaan op disculpatie, decharge en vrijwaring. Tot slot zullen nog enkele opmerkingen worden gemaakt over de voorgestelde terugbetalingsplicht van aandeelhouders.

De norm voor uitkeringen en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidssancties

In het wetsvoorstel worden de regels voor in de wet geregelde vormen van uitkeringen aan aandeelhouders grotendeels gelijkgetrokken.⁴ Het betreft de uitkering van winst of reserves (art. 2:216 WV⁵), inkoop van eigen aandelen (art. 2:207 WV) en terugbetaling van aandelenkapitaal (art. 2:208 WV). Voor de uitkering van winst of reserves geldt dat uitkeringen kunnen worden vastgesteld voorzover het eigen

¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 2.

² Omwille van de leesbaarheid wordt in dit artikel slechts gesproken over uitkeringen aan aandeelhouders. Uitkeringen aan anderen dan aandeelhouders zijn echter ook mogelijk.

³ Zie brief VNO-NCW en MKB Nederland aan de minister van justitie d.d. 10 september 2007, te raadplegen op www.vno-ncw.nl. Zie voorts: "Hirsch Ballin maakt bv stuk minder aantrekkelijk", *Financieel Dagblad* 12 september 2007, p. 1 en "Justitie weersprekt kritiek op bv-voorstel", *Financieel Dagblad* 13 september 2007, p. 3.

⁴ Oneigenlijke of verkapte uitkeringen vallen niet onder de regeling. Te denken valt daarbij aan een transactie tussen de vennootschap en een enig aandeelhouder waarbij de verplichting van de vennootschap die van de aandeelhouder overtreft.

⁵ De artikelen uit het wetsvoorstel worden in deze bijdrage aangeduid met de afkorting "WV". Bestaande artikelen uit het burgerlijk wetboek worden aangeduid met de afkorting "BW".

vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Bij inkoop van eigen aandelen en bij kapitaalvermindering geldt dat dit niet mag plaatsvinden ten laste van de reserves die krachtens de wet en de statuten moeten worden aangehouden.⁶ Bij besluiten tot vaststelling van uitkeringen van winst of reserves, is uitgangspunt (tenzij de statuten anders bepalen) dat deze worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Bij besluiten tot kapitaalvermindering is dit de regel. Inkoop van eigen aandelen wordt een bestuursbevoegdheid.

Het wetsvoorstel bepaalt dat een besluit tot uitkering van winst of reserves en een besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling geen gevolgen heeft zolang het bestuur hieraan geen instemming heeft verleend. Het bestuur moet deze instemming weigeren wanneer het weet of redelijkerwijze behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Inkoop van eigen aandelen anders dan om niet mag evenmin plaatsvinden wanneer het bestuur weet of redelijkerwijze behoort te voorzien dat de vennootschap na de inkoop niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De beoordeling van het bestuur omtrent de geoorloofdheid van een uitkering wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel aangeduid met de term 'uitkeringstest'.⁷

Wanneer de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijze behoorden te voorzien hoofdelijk aansprakelijk tegenover de vennoot-

schap en wel voor het bedrag of de waarde van de uitkering met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.⁸ Er geldt een disculpatiemogelijkheid voor de bestuurder die erin slaagt te bewijzen dat 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. Wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van een uitkering in staat van faillissement wordt verklaard, is een aandeelhouder die wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de uitkering aan hem ongeoorloofd was gehouden tot terugbetaling van het bedrag van de uitkering en de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de uitkering.⁹ Deze terugbetaling moet plaatsvinden aan de aansprakelijke bestuurders wanneer zij hun verplichting tegenover de vennootschap reeds zijn nagekomen. Feitelijk beleidsbepalers worden voor de toepassing van de regeling met bestuurders gelijkgesteld.

De vordering tot terugbetaling op aandeelhouders bestaat alleen in faillissementssituaties en zal dus slechts door de curator ingesteld kunnen worden. Ook vorderingen op bestuurders in verband met ongeoorloofde uitkeringen zullen in de praktijk, zoals de Commissie Vennootschapsrecht verwacht¹⁰, vooral door de curator worden ingesteld.

Het is opmerkelijk dat uit de voorgestelde bepalingen volgt dat bestuurders bij een ongeoorloofde uitkering aansprakelijk zijn voor het bedrag van de volledige uitkering te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Bier¹¹, Buijn¹², diverse partijen die in de consultatieronde hebben gereageerd op de 3e Tranche van het ambtelijk voorontwerp van wet¹³ en recent ook de Gecom-

⁶ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt beweerd dat, in vergelijking met het voorontwerp van wet, de balanstest is vervallen (zie MvT, p. 28-29). Zoals Buijn opmerkt, is dit niet juist (F.K. Buijn, 'Onzekere winstuitkeringen', *Ondernemingsrecht* 2007, nr. 9, p. 357).

⁷ Uitkeringen die gelet op de uitkomst van de uitkeringstest niet zouden mogen plaatsvinden worden in het vervolg van dit artikel korthedshalve ook wel ongeoorloofde uitkeringen genoemd.

⁸ De 3e Tranche van het ambtelijk voorontwerp van wet bepaalde dat wetenschap dat de vennootschap niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering in staat van faillissement wordt verklaard. Dit vermoeden is niet opgenomen in het definitieve wetsvoorstel.

⁹ De 3e Tranche van het ambtelijk voorontwerp van wet voorzag in een ongeclausuleerde terugbetalingsplicht van de uitkering bij faillissement binnen een jaar na de uitkering. Het definitieve wetsvoorstel wijkt (ook) op dit punt dus van het voorontwerp af.

¹⁰ Commissie Vennootschapsrecht 2006, *Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het b.v.-recht*, p. 8, gepubliceerd op www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv_recht.

¹¹ B. Bier, 'Het verleden, heden en toekomst van de kapitaalbescherming' in: *De vereenvoudigde BV* (Preadvis van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2006) Deventer: Kluwer 2006, p. 252.

¹² Buijn, p. 358 (zie noot 6).

¹³ Reacties AKD Prinsen Van Wijmen, Loyens & Loeff en CMS Derks Star Busmann, gepubliceerd op www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv_recht.

bineerde Commissie Vennootschapsrecht¹⁴ hebben erop gewezen dat dit volgens hen te ver gaat. Het bedrag van de volledige uitkering hoeft immers niet gelijk te zijn aan het bedrag van de schade die crediteuren als gevolg van de uitkering lijden. Die schade kan (veel) lager zijn. De memorie van toelichting maakt niet duidelijk waarom op dit punt is afgeweken van het wettelijk uitgangspunt voor de bepaling van de omvang van aansprakelijkheid, namelijk dat er voldoende causaal verband moet bestaan tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade (art. 6:98 BW). Mede gelet op de negatieve bijwerkingen van een te streng aansprakelijkheidsregime¹⁵ verdient de regel dat bij een uitkering in strijd met de uitkeringstest aansprakelijkheid bestaat voor het bedrag van de gehele uitkering vermeerderd met de wettelijke rente, heroverweging danwel nadere motivering. Op zijn minst lijkt er plaats te moeten zijn voor een bevoegdheid van de rechter om het bedrag van de aansprakelijkheid te matigen.

Omdat de voorgestelde aansprakelijkheidssancties in verband met alle hiervoor genoemde vormen van uitkeringen nagenoeg gelijklopend zijn, zal hierna in de meeste gevallen worden volstaan met verwijzing naar art. 2:216 WV dat ziet op de uitkering van winst en reserves.

Verhouding tot huidig recht

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat bestuurders en aandeelhouders onder huidig recht ook aansprakelijk kunnen zijn in verband met uitkeringen, zelfs wanneer de kapitaalbeschermingsregels correct zijn nageleefd.¹⁶ Twee arresten van de Hoge Raad, die ook in de memorie van toelichting worden genoemd, zijn in dit verband met name van belang. In de eerste plaats het Nimox-arrest.¹⁷ Uit dit arrest volgt dat het bewerkstelligen of uitvoeren van een besluit tot uitkering van dividend, onrechtmatig kan zijn tegenover de faillissementscrediteuren van de vennootschap, ook als het besluit op zichzelf geldig is. In de zaak Nimox leidde dit tot aansprakelijkheid van de enig aandeelhouder vanwege het bewerkstelligen van een dergelijk dividendbesluit. Ten tweede het arrest Reinders Didam.¹⁸ In de zaak die tot dat arrest

leidde was enkele maanden voor het faillissement van de vennootschap een forse dividenduitkering gedaan. De rechtbank en het hof oordeelden dat het verlenen van medewerking door het bestuur aan die dividenduitkering ten aanzien van de (enig) bestuurder als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 BW moest worden aangemerkt. De Hoge Raad verwierp het tegen de uitspraak van het hof ingestelde cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO.

Het feit dat bestuurders en aandeelhouders ook onder huidig recht aansprakelijk kunnen zijn in verband met uitkeringen roept de vraag op of de voorgestelde aansprakelijkheidssancties wel nodig zijn, of zij de aansprakelijkheidsrisico's voor aandeelhouders en bestuurders vergroten danwel verkleinen, en hoe het zit met samenloop met bestaande mogelijkheden om bestuurders en aandeelhouders in verband met uitkeringen aansprakelijk te stellen. Om een antwoord op deze vragen te vinden zal hierna worden ingegaan op onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW), kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en de faillissementspauliana (art. 42 Fw). In de conclusie aan het slot van deze bijdrage zullen de belangrijkste bevindingen met betrekking tot de opgeworpen vragen worden samengevat.

Onbehoorlijke taakvervulling

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders geeft de memorie van toelichting aan dat het voorgestelde systeem beoogt om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande systematiek en jurisprudentie met betrekking tot art. 2:9 BW waarin is bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.¹⁹ De aansluiting bij art. 2:9 BW heeft volgens de memorie van toelichting tot gevolg dat men in de praktijk niet hoeft te vrezen dat de voorgestelde bepalingen leiden tot onevenredige aansprakelijkheidsrisico's in het kader van uitkeringen aan aandeelhouders. Dat roept de vraag op of dit beeld juist is. Wat betekent deze aansluiting bij art. 2:9 BW precies? De memorie van toelichting noemt in dit verband twee normen.

¹⁴ Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht 2007, *Advies inzake Wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht, Kamerstukken 31058)*, p. 3, o.a. gepubliceerd op www.notaris.nl/subsites/commissie/adviezen.htm.

¹⁵ Zie hierover M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 1, p. 4 - 14.

¹⁶ MvT, p. 24.

¹⁷ HR 8 november 1991 NJ 1992, 174.

¹⁸ HR 6 februari 2004 JOR 2004/67.

¹⁹ MvT, p. 31, 32.

De eerste norm is ontleend aan de beschikking van de Hoge Raad inzake Laurus.²⁰ Uit deze beschikking kan worden opgemaakt dat behoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW inhoudt dat een bestuurder zijn taak dient te vervullen op een wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Vertaald naar de situatie bij uitkeringen houdt deze norm volgens de memorie van toelichting in:

“Een bestuurder die de boekhouding van de vennootschap op orde heeft en op basis van de beschikbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorlooftheid van de uitkeringen en zich rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap, wordt geacht in dit opzicht zijn taak te vervullen op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Hij behoeft in dat geval dus geen aansprakelijkheid te vrezen.”

Dat de bestuurder uit dit citaat in verband met de uitkering geen risico van aansprakelijkheid loopt, spreekt vanzelf. Er is bij deze bestuurder immers niet eens sprake van ‘weten of behoren te voorzien dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden’. Deze toelichting vermindert het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders zoals dat uit de voorgestelde wettekst volgt dus niet.

De tweede norm van art. 2:9 BW die doorwerkt in de voorgestelde bepalingen omtrent aansprakelijkheid van bestuurders in verband met uitkeringen, is ontleend aan het arrest Staleman/Van de Ven²¹ waarin is uitgemaakt dat voor de vaststelling van aansprakelijkheid ingevolge art. 2:9 BW bepalend is of de bestuurder terzake zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of het ‘ernstig verwijt’ criterium het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders in het kader van uitkeringen vermindert, kan men zich afvragen. Buijn merkt op dat het afhankelijk van en wellicht gerelativeerd door de omstandigheden in de lijn van de systematiek ligt dat indien een handeling van het bestuur ertoe leidt dat de vennootschap

niet meer kan voortgaan haar opeisbare schulden te voldoen, dit voor het bestuur als een onmiskenbare tekortkoming die hem ernstig te verwijten is, dient te gelden. Dorresteyn wijst erop dat de Hoge Raad in het arrest Schwandt/Berghuizer Papierfabriek²² heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:9 BW vestigt.²³ Dit moet dan ook gelden voor het verlenen van medewerking aan uitkeringen die in strijd zijn met de wettelijk voorgeschreven uitkeringstest. De voorgestelde aansprakelijkheidssanctie voegt, naast invoering van de wettelijke verplichting tot het uitvoeren van de uitkeringstest, dus weinig toe.

Het feit dat wordt aangesloten bij de normen die voortvloeien uit art. 2:9 BW is vanuit het oogpunt van rechtseenheid fraai, maar wil nog niet zeggen dat een bestuurder met invoering van de voorgestelde aansprakelijkheidssancties, niet eerder aansprakelijk is dan hij ingevolge art. 2:9 BW al is. Als door de uitkeringstest de taak van bestuurders wordt uitgebreid, neemt het risico van aansprakelijkheid nog steeds toe wanneer wordt aangesloten bij de normen voor de bepaling van de onbehoorlijkheid van de taakvervulling. Dat er onder het voorgestelde recht ten opzichte van het huidig recht geen enkele uitbreiding plaatsvindt van de taak en verantwoordelijkheid van bestuurders in het kader van uitkeringen, valt moeilijk vol te houden. Van een verzwaring van aansprakelijkheid lijkt ten opzichte van art. 2:9 BW daarom wel degelijk sprake te zijn.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Volgens de memorie van toelichting betekent de enkele vaststelling dat een bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:216 WV niet dat hij ook aansprakelijk is op grond van art. 2:248 BW.²⁴ De memorie van toelichting geeft aan dat voorzichtigheid is gepast omdat het in art. 2:248 BW gaat om een ruimere aansprakelijkheid, namelijk voor het gehele tekort in faillissement. Ook wordt opgemerkt dat voor aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW strengere voorwaarden gelden nu moet worden aangetoond dat het

²⁰ HR 8 april 2005 JOR 2005/119.

²¹ HR 10 januari 1997 NJ 1997, 360.

²² HR 29 november 2002 NJ 2003, 455.

²³ A.F.M. Dorresteyn, ‘Minder kapitaal, meer aansprakelijkheid?’, WPNR 2006, nr. 6676, p. 591.

²⁴ MvT, p. 33.

bestuur zijn taak in het algemeen kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en er bovendien aannemelijk moet worden gemaakt dat die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Buijn meent dat een uitkering waarna de vennootschap niet in staat is haar opeisbare schulden te voldoen al snel zal worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat de stap naar vaststelling dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, licht is gemaakt.²⁵ Omdat een dergelijke snelle stap naar aansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur tot toenemende aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders leidt, zal dit door velen als ongewenst worden beschouwd.²⁶ De toelichting van de minister dat voor aansprakelijk ex art. 2:248 BW is vereist dat het bestuur zijn taak in het algemeen onbehoorlijk heeft vervuld, biedt wellicht enige hoop.²⁷ Zodra art. 2:216 WV is ingevoerd moet er voor aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW mogelijk meer zijn voorgevallen dan alleen een ongeoorloofde uitkering.

Als argument voor de stelling dat onder het nieuwe recht het enkele verlenen van medewerking aan een ongeoorloofde uitkering onvoldoende is voor aansprakelijkheid ingevolge art. 2:248 BW, kan ook worden aangevoerd dat art. 2:216 WV ten opzichte van art. 2:248 BW als een *lex specialis* moet worden beschouwd. Als gehandhaafd blijft dat bestuurders bij aansprakelijkheid in geval van ongeoorloofde uitkeringen aansprakelijk zijn voor het bedrag van de volledige uitkering met de wettelijke rente, kan men betogen dat het bedrag van de schade als gevolg van die uitkering is gefixeerd en dus ook gemaximeerd. Toepassing van art. 2:248 BW waarbij in beginsel aansprakelijkheid voor het faillissementstekort bestaat, dient dan achterwege te blijven.

Ook als art. 2:216 WV zou worden aangepast in die zin dat alleen aansprakelijkheid bestaat voor de

schade die crediteuren als gevolg van de uitkering hebben geleden valt er wat voor te zeggen dat toepassing van art. 2:248 BW achterwege moet blijven wanneer het kennelijk onbehoorlijk bestuur alleen zou bestaan uit het verlenen van medewerking aan een ongeoorloofde uitkering. Het huidige art. 2:248 BW is gewijzigd met de invoering van de derde misbruikwet in 1987. Vóór deze wetwijziging diende de curator causaal verband aan te tonen tussen de grove nalatigheid van het bestuur en de omvang van de schade. Omdat dit vaak lastig bleek is het artikel zodanig aangepast dat thans bij aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW in beginsel aansprakelijkheid voor het faillissementstekort bestaat, zonder dat causaal verband tussen dit tekort en het kennelijk onbehoorlijk bestuur hoeft te worden aangetoond.²⁸ De vaststelling van de hoogte van de schade die door een ongeoorloofde uitkering is ontstaan, zal echter minder problematisch zijn. Het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor het volledige faillissementstekort bestaat gaat dan te ver wanneer het kennelijk onbehoorlijk bestuur alleen bestaat uit het verlenen van medewerking aan een ongeoorloofde uitkering.

Samenloop van art. 2:216 WV met art. 2:248 BW, en daarmee een verzwaring van het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders, ligt dus op de loer en kent bezwaren. Als aan een vordering op grond van art. 2:248 BW mede ten grondslag wordt gelegd dat er een ongeoorloofde uitkering heeft plaatsgevonden, verdient het aanbeveling dat bij de beoordeling van de vordering de vraag wordt betrokken of er zónder de ongeoorloofde uitkering sprake zou zijn van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Zo niet, dan past extra terughoudendheid bij toewijzing van deze vordering.

Onrechtmatige daad

De memorie van toelichting geeft aan dat de regeling van art. 2:216 WV ook in grote lijnen aansluit bij de normen voor aansprakelijkheid van aandeelhouders.

²⁵ Buijn, p. 358 (zie noot 6).

²⁶ Verwezen zij nog maar eens naar de oratie van Kroeze over de negatieve bijwerkingen van een te streng aansprakelijkheidsregime (zie noot 15).

²⁷ Deze bewoordingen sluiten aan bij enkele toelichtingen die bij de behandeling van de Derde Misbruikwet zijn gegeven. Zie *Kamerstukken II 16 631, nr. 3, p. 4*: "Omdat het ontbreken van behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, leidt de wet uit deze feiten – die dus tekortkomingen van het bestuur vormen die op zich zelf steeds als onbehoorlijk bestuur moeten worden gekwalificeerd – af dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen niet behoorlijk vervuld heeft." Zie ook *Kamerstukken II 16 631, nr. 6, p. 8* en *Kamerstukken II 16631, nr. 27b, p. 12*.

²⁸ Bij aansprakelijkheid ingevolge art. 2:248 BW speelt de causaliteit via de matigingsbevoegdheid van de rechter in lid 4 nog een zekere rol. Met betrekking tot deze matigingsbevoegdheid merkte de minister destijds op: "Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur kan zijn ontstaan", *Kamerstukken II 16631, nr. 3, p. 5*.

ders en bestuurders tegenover derden op grond van onrechtmatige daad.²⁹ Dat suggereert dat er ten opzichte van het huidige recht geen sprake is van noemenswaardige verzwaring van aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders en roept dus opnieuw de vraag op of dit beeld juist is. Dat valt moeilijk te zeggen. Uit het eerdergenoemde arrest Nimox volgt dat het bewerkstelligen of uitvoeren van een besluit tot uitkering van dividend, onrechtmatig kan zijn tegenover de faillissementscrediteuren van de vennootschap, ook als het besluit op zichzelf geldig is. De Hoge Raad heeft zich niet uitgesproken over de vraag wanneer dit het geval is voor de betrokkenen bij de totstandkoming en uitvoering van het besluit (aandeelhouders en bestuurders).³⁰ Ik kan mij voorstellen dat onder huidig recht een bestuurder die een dividendbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders uitvoert, terwijl niet formeel van hem wordt verlangd dat hij een uitkeringstest uitvoert, niet zonder meer onrechtmatig handelt wanneer de uitkering tot benadeling van crediteuren leidt. Voor zulk onrechtmatig handelen zijn mogelijk bijkomende omstandigheden vereist. Opgemerkt zij dat de Hoge Raad ook in de eerdergenoemde zaak Reinders Didam geen inhoudelijk oordeel heeft gegeven over de vraag of en, zo ja, onder welke omstandigheden, het uitvoeren van een aandeelhoudersbesluit tot uitkering van dividend kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan opleveren ten aanzien van bestuurders.

Een andere kwestie is hoe het zit met samenloop van vorderingen op grond van art. 2:216 WV en vorderingen van derden op grond van onrechtmatige daad in verband met ongeoorloofde uitkeringen. Men zou kunnen opwerpen dat deze samenloop niet mogelijk is, omdat individuele schuldeisers als gevolg van dergelijke uitkeringen geen schade leiden. Tegen-

over de ongeoorloofde uitkering staat immers een vordering van de vennootschap op de bestuurders en eventueel de aandeelhouders. Dit standpunt valt te vergelijken met het leerstuk dat aandeelhouders in beginsel geen van de vennootschap afgeleide schade kunnen vorderen. Uit het arrest Tuin Beheer/Houthoff Buruma³¹ kan echter worden afgeleid dat het leerstuk van afgeleide schade niet kan worden doorgetrokken naar schuldeisers.³²

In de memorie van toelichting wordt onderkend dat samenloop van vorderingen op grond van art. 2:216 WV en vorderingen van derden op grond van onrechtmatige daad mogelijk is, maar wordt hier geen punt van gemaakt.³³ Hoe pakt deze samenloop uit in de situatie waarin vorderingen op grond van art. 2:216 WV vooral zullen worden ingesteld, namelijk het faillissement? Over een vergelijkbare kwestie heeft in de juridische literatuur een uitvoerig debat plaatsgevonden. Het ging daarbij om de vraag of individuele crediteuren bevoegd dienen te zijn om een derde die bij benadeling door de gefailleerde betrokken is aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad, wanneer deze derde door de curator namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde eveneens wordt aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad.³⁴ Een dergelijke vordering van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers staat bekend als de Peeters/Gatzen-vordering, naar het arrest waarin deze vordering voor het eerst werd gehonoreerd.³⁵ Over de genoemde vraag heeft de Hoge Raad een beslissing gegeven in de arresten Lunderstädt/De Kok I³⁶ en Sobi/Hurks II.³⁷ De beslissing komt erop neer dat de bevoegdheid van de curator niet exclusief is. Ook individuele crediteuren komt de bevoegdheid toe de derde aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad. As belangrijk argument hiervoor voerde de Hoge Raad aan dat een

²⁹ MvT, p. 33.

³⁰ Vgl. L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 38 en p. 82.

³¹ HR 16 februari 2007 JOR 2007, 112.

³² In gelijke zin reeds J.B. Wezeman, in zijn noot bij HR 21 december 2001 NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok I).

³³ MvT, p. 33.

³⁴ Een soortgelijke vraag speelt ook bij samenloop van een vordering van de curator op grond van art. 2:138/248 BW met vorderingen van individuele crediteuren op grond van art. 6:162 BW. Zie daarover onder meer: Losbladige *Rechtspersonen*, Aant. 27 bij artikel 2:138 BW (Huizink februari 2007); J.B. Wezeman, p. 86 in: M. Windt, C.M. van der Heijden & M.A.L.M. Willems (red.), *Praktijkboek Insolventierecht. Deel 3. Ongeoorloofde gedragingen. Actio Pauliana, verrekening, bestuurdersaansprakelijkheid en fraude*, Deventer: Kluwer 2006 en H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 111.

³⁵ HR 14 januari 1983 NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen).

³⁶ HR 21 december 2001 NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok I). In dit arrest ging het overigens onder meer om een vordering van een derde (Lunderstädt) tegen een bestuurder (De Kok) vanwege een forse dividenduitkering die uiteindelijk tot gevolg had dat de vordering van Lunderstädt niet kon worden voldaan.

³⁷ HR 21 december 2001 NJ 2005/96 (Sobi/Hurks II).

wettelijke basis voor een exclusieve bevoegdheid van de curator ontbreekt, zoals dat bijvoorbeeld in art. 49 Fw wel het geval is met betrekking tot de bevoegdheid van de curator ex art. 42 Fw (waarbij geldt dat deze bevoegdheid ingeval van faillissement crediteuren uitsluit van de bevoegdheid gebruik te maken van art. 3:45 BW). Ook uit de tekst van art. 2:216 WV volgt niet dat individuele crediteuren wegens ongeoorloofde uitkeringen geen vordering op grond van onrechtmatige daad kunnen instellen tegen bestuurders en/of aandeelhouders. In lijn met de genoemde jurisprudentie valt daarom te verwachten dat ook de vordering van de curator ex art. 2:216 WV niet exclusief is en dat er ook in faillissement samenloop mogelijk is met vorderingen van individuele crediteuren wegens ongeoorloofde uitkeringen op grond van onrechtmatige daad.

Het is echter de vraag of samenloop van een vordering van de curator ex art. 2:216 WV met vorderingen van individuele crediteuren op grond van onrechtmatige daad wel wenselijk is. De beslissing van de Hoge Raad dat de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen niet exclusief is, heeft tot veel kritiek geleid.³⁸ Veel argumenten die door de critici zijn aangevoerd vóór een exclusieve bevoegdheid van de curator, kunnen ook worden aangevoerd ter verdediging van de stelling dat de vordering ex art. 2:216 WV exclusief zou moeten zijn. Ten aanzien van het feit dat de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen niet exclusief is, wijzen de voortekenen overigens op een kentering van de situatie. Recent is het voorontwerp van de Commissie Insolventierecht voor een nieuwe Insolventiewet, ter vervanging van de huidige Faillissementswet, aangeboden aan de Minister van Justitie.³⁹ In dit voorontwerp wordt de bevoegdheid tot het instellen van de Peeters/Gatzen-vordering exclusief toegekend aan de curator (in het

voorontwerp bewindvoerder genoemd).⁴⁰ Als dit voorstel in de wet wordt opgenomen zou het voor de hand liggen deze exclusiviteit ook te doen gelden voor de vordering ex art. 2:216 WV, te meer omdat art. 2:216 WV het gelijktijdig instellen van een Peeters/Gatzen-vordering à la Nimox, niet onmogelijk lijkt te maken.

Actio pauliana

Een uitkering kan schuldeisers benadelen. Dan komt, ingeval van faillissement, de faillissementspauliana ex art. 42 Fw in beeld. Wordt deze terecht tegen de uitkering in het geweer gebracht, dan kan dit voor aandeelhouders leiden tot een verplichting de uitkering terug te betalen. Ingeval van een ongeoorloofde uitkering kunnen aandeelhouders dus mogelijk zowel op grond van art. 2:216 WV als op grond van art. 42 Fw tot terugbetaling worden aangesproken. De vraag is of dit tot verschillende uitkomsten leidt. De beantwoording van deze vraag vergt enige uitweiding.

Om een uitkering aan te tasten op grond van art. 42 Fw zal de rechtshandeling van uitkering vernietigd moeten worden.⁴¹ Om een rechtshandeling op grond van art. 42 Fw te kunnen vernietigen dient deze onverplicht te zijn verricht. Winter meent daarom dat om de (rechtshandeling van) uitkering te vernietigen eerst het daaraan ten grondslag liggende uitkeringsbesluit vernietigd moet worden.⁴² Anders zou er geen sprake zijn van een onverplichte, maar van een verplichte rechtshandeling. Lennarts spreekt van de vernietiging van het bestuursbesluit tot betaalbaarstelling van de uitkering, maar bespreekt niet afzonderlijk de vernietiging van de rechtshandeling van uitkering.⁴³ Wessels is van mening dat voor vernietiging van de rechtshandeling van uitkering niet vereist is dat ook het aan deze rechtshandeling ten grondslag liggende besluit vernietigd wordt.⁴⁴

³⁸ Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002 nr. 6502, p. 617-626; R.D. Vriesendorp, 'Lunderstädt/De Kok c.s.' *AA* 2002, p. 819-824; F.P. van Koppen, *TvI* 2002 nr. 3, p. 173-180; Van Eeghen, p. 203 - 205 (zie noot 30) en W.J.M. van Andel, 'De Peeters/Gatzen-vordering' in: *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2006).

³⁹ Dit voorontwerp is te raadplegen op www.justitie.nl.

⁴⁰ Artt. 3.2.8 en 3.2.9 van het Voorontwerp Insolventiewet.

⁴¹ Vgl. B. Wessels, *Insolventierecht, Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 42.

⁴² J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 236.

⁴³ M.L. Lennarts, *De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 12-14.

⁴⁴ Wessels, p. 42 (zie noot 41).

Is men van mening dat de curator, om de rechtshandeling van uitkering te kunnen aantasten op grond van art. 42 Fw, eerst de vernietiging moet bewerkstelligen van het daaraan ten grondslag liggende besluit, dan kan men opnieuw uitkomen bij de faillissementspauliana.⁴⁵ Ingevolge art. 2:15 BW kunnen besluiten immers, behalve op grond van de expliciet in dat artikel genoemde gronden, ook worden vernietigd op overige in de wet genoemde gronden. Daarbij kan ook worden gedacht aan vernietiging van een paulianus dividendbesluit.⁴⁶

Als gezegd is voor toepassing van art. 42 Fw vereist dat er sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Een dividendbesluit zal in de regel onverplicht zijn genomen⁴⁷ en te verdedigen valt dat ook het besluit tot betaalbaarstelling van dividend een onverplichte rechtshandeling is.⁴⁸ De voor toepassing van art. 42 Fw vereiste benadeling van schuldeisers is bij een uitkering die op grond van art. 2:216 WV ongeoorloofd is, evident. Van het voor toepassing van art. 42 Fw aan de zijde van de schuldenaar vereiste weten of behoren te weten dat de rechtshandeling schuldeisers zou benadelen, zal bij een uitkering die op grond van art. 2:216 WV ongeoorloofd is eveneens sprake zijn.

Wanneer er sprake is van een rechtshandeling om niet, is voor toepassing van art. 42 Fw geen bewijs vereist van wetenschap van benadeling van schuldeisers bij degene jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. Verdedigbaar is dat er bij een besluit tot dividenduitkering en bij een besluit tot betaalbaarstelling van een dividenduitkering sprake is van een rechtshandeling om niet.⁴⁹ Ingeval van dergelijke uitkeringen hoeft dan dus geen bewijs te worden geleverd van wetenschap van benadeling bij de

aandeelhouder. Het feit dat de aandeelhouder niet wist of behoorde te weten dat de uitkering schuldeisers zou benadelen (en dus te goeder trouw was), verhindert de vernietiging van het uitkeringsbesluit op grond van art. 42 Fw in dat geval dus niet. Als er sprake zou zijn van een rechtshandeling om baat⁵⁰ en er ingeval van een uitkering dus wél wetenschap van benadeling moet worden bewezen bij de aandeelhouder, kan er een beroep worden gedaan op de bewijsvermoedens van art. 43 Fw.⁵¹ Als een van die vermoedens van toepassing is, wordt behoudens tegenbewijs vermoed dat wetenschap van benadeling zowel bij de schuldenaar als de wederpartij bestaat. Bij een uitkering aan aandeelhouders zouden de vermoedens van lid 1 sub 1, sub 4 en sub 5 van toepassing kunnen zijn.

Wordt een besluit met succes vernietigd op grond van art. 42 Fw dan is vervolgens de vraag of art. 2:16 lid 2 BW van toepassing is. Ingevolge dit artikel heeft de vernietiging van een besluit geen werking tegenover een derde wanneer hij het gebrek dat aan het besluit kleefde, kende noch behoorde te kennen. Maeijer is echter van mening dat bij vernietiging van een besluit wegens benadeling van schuldeisers art. 2:16 BW niet van toepassing is.⁵² Als die opvatting voor juist moet worden gehouden dan moet dus ook de aandeelhouder die te goeder trouw een uitkering ontvangt die ingevolge art. 2:216 WV ongeoorloofd is, de vernietiging van het daaraan ten grondslag liggende besluit tegen zich laten gelden.

Kan de vernietiging van het besluit tot dividenduitkering of het besluit tot betaalbaarstelling van het dividend aan de aandeelhouder worden tegengeworpen, dan zal ook vernietiging van de rechtshandeling van dividenduitkering tegenover die aandeelhouder

⁴⁵ Ik laat hier de discussie rusten of besluiten op grond van art. 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd kunnen worden. Bevestigend: J.M.M. Maeijer, Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 135; Lennarts, p. 12 (zie noot 43); J.N. Schutte-Veenstra, 'De curator en kapitaalvermindering', *TvI* 2003, p. 212. Ontkennend: Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 276; L. Timmerman, 'De nietigheidsacties van de curator' in: *Vragen rondom de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998) Deventer: Kluwer 1998.

⁴⁶ Van Schilfgaarde/Winter, p. 276 (zie noot 45); Losbladige *Rechtspersonen*, Aant. 2 bij art. 2:15 BW (Huizink, april 2000); Lennarts, p. 12-14 (zie noot 43); Winter, p. 236 (zie noot 42); F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 116.

⁴⁷ Winter, p. 236 (zie noot 42).

⁴⁸ Lennarts, p. 13 (zie noot 43).

⁴⁹ Voor het besluit tot uitkering zie Winter, p. 247 (zie noot 42). Voor het besluit tot betaalbaarstelling van de uitkering zie Lennarts, p. 13 (zie noot 43) en B. Wessels, 'Actio pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering' in: *Vermogensrechtelijke Analyses (VrA)* 2007/2, p. 63.

⁵⁰ Aldus Van Koppen, p. 73 (zie noot 46).

⁵¹ Lennarts, p. 14 (zie noot 43).

⁵² J.M.M. Maeijer, Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 135. Enzo W.C.L. van der Grinten in een eerdere druk van dit boek. Maeijer geeft overigens aan dat op grond van de wetgeschiedenis een andere opvatting verdedigd kan worden.

geen probleem meer vormen. Was immers voldaan aan de vereisten voor vernietiging van dit besluit op grond van art. 42 Fw, dan zal ook snel zijn voldaan aan de vereisten voor vernietiging van de rechtshandeling van uitkering op grond van art. 42 Fw.

Geconcludeerd kan worden dat de bescherming die de aandeelhouder te goeder trouw ingevolge art. 2:216 WV geniet, wel eens ijdele hoop zou kunnen bieden wanneer de weg van art. 42 Fw wordt gevolgd, ook als die weg loopt via de vernietiging van het aan de uitkering ten grondslag liggende besluit. Als overeenkomstig de opvatting van Wessels alleen de rechtshandeling van uitkering en niet het daaraan ten grondslag liggende besluit vernietigd behoeft te worden, is het des te meer de vraag of de aandeelhouder te goeder trouw bescherming geniet. Art. 2:16 lid 2 BW is dan immers niet van toepassing, terwijl hetgeen hiervoor werd gesteld over de mogelijkheid tot vernietiging van het uitkeringsbesluit op grond van art. 42 Fw, kan worden doorgetrokken naar de vernietiging van de rechtshandeling van uitkering op grond van art. 42 Fw. Dit betekent dat te verdedigen valt dat die rechtshandeling ook kan worden vernietigd ten opzichte van een aandeelhouder die niet wist of behoorde te weten dat de uitkering schuldeisers zou benadelen. Ook bij het volgen van deze weg geldt dus dat art. 2:216 WV de aandeelhouder te goeder trouw mogelijk een bescherming biedt, die hij bij toepassing van art. 42 Fw niet heeft.

Ontkomen aan of verzachten van de gevolgen van bestuurdersaansprakelijkheid

Een 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, is niet aansprakelijk (art. 2:216 lid 3 WV). Bier merkt op dat een bestuurder kan bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan door aan te tonen dat hij tegen de instemming heeft gestemd.⁵³ Zij vraagt zich echter af welke maatregelen een bestuurder kan treffen om de gevolgen van een uitkering af te wenden. Als het uitkeringsbesluit (en het voorafgaande instemmingsbesluit) genomen is, zal de uitkering moeten worden uitgevoerd.

Wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van een uitkering in staat van faillissement wordt verklaard, is een aandeelhouder die wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de uitkering aan hem ongeoorloofd was gehouden tot terugbetaling van het bedrag van de uitkering en de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de uitkering. Deze terugbetaling moet plaatsvinden aan de aansprakelijke bestuurders wanneer zij hun verplichting tegenover de vennootschap reeds zijn nagekomen. Als de aandeelhouders niet tot terugbetaling worden aangesproken, hebben de bestuurders hier echter onvoldoende aan. Dit bezwaar zou worden weggenomen wanneer het voorstel van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht⁵⁴ wordt gevolgd inhoudende dat aan bestuurders het recht wordt gegeven om regres te nemen op aandeelhouders die te kwader trouw een uitkering hebben ontvangen.

Het zal niet mogelijk zijn bestuurders te dechargeren voor eventuele aansprakelijkheid voortvloeiend uit art. 2:216 WV. Op die manier zou de crediteurenbescherming die deze bepaling beoogt te bieden, wel al te gemakkelijk weggenomen worden.⁵⁵ Wordt tot decharge besloten, dan is een dergelijk besluit op grond van art. 2:14 BW nietig wegens strijd met de (strekking van de) wet. A fortiori geldt dat volledige (statutaire) vrijwaring voor aansprakelijkheid ex art. 2:216 WV niet mogelijk is. Wel valt te verdedigen dat (statutaire) vrijwaring mogelijk is voorzover dit niet tot benadeling van crediteuren leidt. Dit zou kunnen worden vormgegeven door in de statuten te bepalen dat hetgeen door bestuurders aan de vennootschap wordt voldaan, door de vennootschap wordt terugbetaald wanneer dit er niet toe leidt dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

Tegen volledige vrijwaring van bestuurders tegen aansprakelijkheid ex art. 2:216 WV door aandeelhouders of groepsmaatschappijen, bestaat geen bezwaar. De vennootschap die de uitkering heeft gedaan en haar crediteuren, staan buiten de afspraak die bestuurders en derden over een dergelijke vrijwaring hebben gemaakt. Crediteuren ondervinden er ook geen nadeel van wanneer bestuurders op grond van art. 2:216 WV wél aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap, maar het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zijn door anderen vergoed krijgen. Het valt dan

⁵³ Bier, p. 253 (zie noot 11).

⁵⁴ Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, p. 3 (zie noot 14).

⁵⁵ Vergelijk ook art. 2:248 lid 6 BW.

ook te verwachten dat onder het nieuwe BV-recht uitkeringen regelmatig gepaard zullen gaan met vrijwaringen aan bestuurders.⁵⁶ Hiermee wordt de verantwoordelijkheid die in het kader van uitkeringen aan bestuurders wordt opgelegd, natuurlijk wel enigszins uitgehold.

Opmerkingen over de terugbetalingsplicht voor aandeelhouders

Zoals hiervoor aangegeven geldt ingevolge art. 2:216 WV de terugbetalingsplicht ingeval van ongeoorloofde uitkeringen niet voor aandeelhouders te goeder trouw. Gelet op de belangen van crediteuren zou er wat voor te zeggen zijn deze bescherming voor aandeelhouders te goeder trouw te laten vervallen. Verhaalsmogelijkheden zullen immers in de regel groter zijn bij aandeelhouders die de uitkering 'in de portemonnee' hebben ontvangen, dan bij bestuurders.⁵⁷ Dit is wellicht sneu voor de aandeelhouders die de uitkering te goeder trouw hebben ontvangen, maar wanneer de bestuurders hun taak naar behoren zouden hebben uitgevoerd, zouden zij de uitkering ook niet (volledig) hebben ontvangen.⁵⁸ Daarbij komt dat men zich kan afvragen of crediteuren het risico moeten dragen dat bestuurders de uitkeringsstest niet naar behoren uitvoeren en vervolgens onvoldoende vermogend blijken te zijn om de daardoor door crediteuren geleden schade te vergoeden. Crediteuren hebben geen invloed op de samenstelling van het bestuur en op het bestuurshandelen. Afhankelijk van de stemverhouding in de algemene vergadering van aandeelhouders kunnen aandeelhouders van niet-structuurvennootschappen wel invloed hebben op de samenstelling van het bestuur. Ook in het huidige BV-kapitaalbeschermingsrecht maakt het voor het bestaan van de terugbetalingsplicht niet uit of een aandeelhouder ermee bekend is dat meer dan het vrij uitkeerbaar vermogen is uitgekeerd.⁵⁹ Bovendien zij nog eens opgemerkt dat de bescherming van aandeelhouders te goeder trouw ingevolge art. 2:216 WV wel eens kan tegenvallen wanneer de curator de vernietiging van de rechtshandeling van uitkering inroept op grond van art. 42 Fw.

Aannemelijk is dat ook na invoering van art. 2:216 WV door de curator tegen aandeelhouders een vordering kan worden ingesteld op grond van onrechtmatige daad à la Nimox. Voorwaarde voor de terugbetalingsplicht van art. 2:216 WV is dat de vennootschap binnen een jaar na de uitkering in staat van faillissement wordt verklaard. Bij aandeelhoudersaansprakelijkheid voor uitkeringen op grond van onrechtmatige daad, geldt deze voorwaarde niet. Voor een dergelijke vordering geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Zo houdt het Nimox-arrest (beperkt) betekenis naast de vordering van art. 2:216 WV. Te argumenteren valt daarom dat de voorwaarde in art. 2:216 WV dat het moet gaan om faillissement binnen een jaar na uitkering, net zo goed kan vervallen.

Ook bij de terugbetalingsplicht van aandeelhouders kan men kritiek hebben op het feit dat de terugbetalingsplicht geldt ten aanzien van de (ontvangen) uitkering en niet ten aanzien van bijvoorbeeld het bedrag van de schade die de crediteuren als gevolg van de uitkering hebben geleden, berekend naar rato van het aandelenbezit van de aandeelhouder. Men realiseert zich echter dat vernietiging van een uitkering via de weg van de actio pauliana eveneens een verplichting tot terugbetaling van het volledige ontvangen bedrag tot gevolg kan hebben.

Dan nog een opmerking met betrekking tot de terugbetalingsplicht voor aandeelhouders bij inkoop van eigen aandelen (art. 2:207 WV) en kapitaalvermindering met terugbetaling (art. 2:208 WV). Als een vennootschap binnen een jaar na een inkoop met terugbetaling in staat van faillissement wordt verklaard en de vervreemder van de aandelen wist of behoorde te voorzien dat de verkrijgingsprijs ertoe zou leiden dat opeisbare schulden niet zouden kunnen voldaan, is hij gehouden de verkrijgingsprijs terug te betalen. De (voormalig) aandeelhouder die zijn terugbetalingsplicht is nagekomen, is behalve zijn geld ook zijn aandelen kwijt. Hij is dan dus dubbel slecht af. Voor kapitaalvermindering met terugbetaling geldt min of meer hetzelfde. De aandeelhouder die het door hem ontvangen bedrag heeft terugbe-

⁵⁶ Zie ook de reacties van Loyens & Loeff, paragraaf 2.9 en CMS Derks Star Busmann, p. 4 (zie noot 13).

⁵⁷ Vergelijk reactie Boekel De Nerée, p. 17, gepubliceerd op www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv_recht.

⁵⁸ Voor een geheel andere opvatting: Buijn, p. 359 (zie noot 6) die van mening is dat aansprakelijkheid van de aandeelhouder beperkt dient te worden tot de gevallen waarin hij een zodanige invloed op de directie heeft uitgeoefend dat deze ten onrechte de instemmingsverklaring heeft afgegeven.

⁵⁹ Bij de NV is dit anders. Ingevolge art. 2:105 lid 8 BW genieten aandeelhouders die een uitkering te goeder trouw ontvingen bescherming. Dit artikellid vormt de uitwerking van art. 16 Tweede EG-richtlijn inzake het Vennootschapsrecht (Richtlijn nr. 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 *PbEG 1977 L 026/1*).

taald, heeft zijn stem- en winstrecht gedeeltelijk prijsgegeven. In het voorontwerp was daarom bepaald dat de curator ingeval van terugbetaling het besluit tot kapitaalvermindering vernietigt.⁶⁰ Na kritiek op deze bepaling in de consultatieronde, is deze geheel vervallen. Hoewel de beschreven situaties zich zelden zullen voordoen, zou het wel zo chic zijn om toch een regeling te treffen voor aandeelhouders die hun terugbetalingsplicht zijn nagekomen.

Conclusie

Aan NCO-NCW en MKB Nederland kan worden toegegeven dat bestuurders onder het voorgestelde recht ten opzichte van de huidige situatie een verhoogd aansprakelijkheidsrisico lopen. De taak en verantwoordelijkheid van bestuurders in verband met uitkeringen zal worden uitgebreid. Door de criteria voor aansprakelijkheid van bestuurders in verband met uitkeringen expliciet in de wet vast te leggen, wordt duidelijkheid gecreëerd over de omstandigheden waaronder zij in dat verband aansprakelijk zijn. Deze expliciete wettelijke basis kan in de praktijk gemakkelijk tot gevolg hebben dat zij sneller aansprakelijk zullen worden gesteld in verband met uitkeringen die tot benadeling van crediteuren hebben geleid. Met verzwaring van aansprakelijkheid van bestuurders moet echter voorzichtig worden omgesprongen. Om deze reden verdient heroverweging of bestuurders ingeval van ongeoorloofde uitkeringen inderdaad voor het bedrag van de volledige uitkering aansprakelijk dienen te zijn. Verder dient een verdering op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur niet licht te worden toegewezen wanneer dit kenne-

lijk onbehoorlijke bestuur vooral bestaat uit het verlenen van medewerking aan een ongeoorloofde uitkering.

Waar het in de discussie over de verzwaring van de aansprakelijkheid van bestuurders om moet gaan, is of de verhoogde aansprakelijkheidsdruk terecht is. Ik kan niets onrechtvaardigs ontdekken in de verantwoordelijkheid die in verband met uitkeringen aan bestuurders wordt opgelegd en in de norm dat zij aansprakelijk zijn wanneer zij weten of behoren te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De terugbetalingsplicht voor aandeelhouders die weten of behoren te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is evenzeer te billijken. Overwogen zou zelfs kunnen worden om in het belang van crediteuren de bescherming van aandeelhouders te goeder trouw te laten vervallen. De curator behoudt de mogelijkheid om uitkeringen aan te tasten op basis van de faillissementspauliana of om aandeelhouders in verband met uitkeringen aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad. De terugbetalingsplicht van aandeelhouders voegt daarom, zoals deze thans is geformuleerd, niet veel toe, maar kan anderzijds ook geen kwaad.

mr. B. Verkerk is docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen.

⁶⁰ Voorontwerp 3e tranche, art. 2:209 lid 2.