

Kapitaalbescherming en bestuurdersaansprakelijkheid onder de derde tranche van het vereenvoudigd BV-recht

Inleiding

Na meer dan acht maanden van stilte aan de zijde van de wetgever, is begin april van dit jaar eindelijk de derde en tevens laatste tranche van het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel inzake vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (hierna: het Voorontwerp) beschikbaar gesteld.¹ De twee onderwerpen die in de derde tranche centraal staan, zijn het vermogen van de vennootschap en de bescherming van schuldeisers.

De huidige wettelijke bescherming van schuldeisers van de BV heeft vorm gekregen door middel van de zogenoemde kapitaalbeschermingsregels. Op deze regels is vooral recent veel kritiek geuit.² Ook in de rechtspraak zijn de formele regels betreffende kapitaalbescherming gerelativeerd. Zo heeft de Hoge Raad in het Nimox-arrest bepaald dat uitkeringen aan aandeelhouders van de vennootschap onrechtmatig kunnen zijn jegens derden, zoals crediteuren, ondanks dat de bepalingen betreffende kapitaalbescherming in acht zijn genomen.³ Ook de Europese rechter heeft in het meer recente Inspire Art-arrest het belang van de Nederlandse kapitaalbeschermingsregels afgezwakt.⁴

De kapitaalbeschermingsregels worden in het Voorontwerp ingrijpend herzien, met als belangrijkste wijzigingen de afschaffing van het minimumkapitaal, de invoering van een zogenoemde liquiditeitstest en een vereenvoudigde balans-test voor uitkeringen aan aandeelhouders. In samenhang met deze vorm van versoepeling wordt een nieuwe specifieke vorm van bestuurdersaansprakelijkheid gecreëerd. Een daarmee samenhangende terugbetalingsplicht van aandeelhouders is eveneens in het Voorontwerp opgenomen. De vraag of in de mogelijkheid van invoering van aandelen zonder nominale waarde moet worden voorzien, is nog onderdeel van discussie.⁵ In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de voorgestelde herzieningen, alsmede op de gevolgen die deze voor de verschillende betrokkenen kunnen hebben.

Het huidige vereiste van minimumkapitaal

Als een van de voornaamste regels ter bescherming van schuldeisers geldt sinds 1978 de eis van het storten van een

-
1. Het Voorontwerp is te raadplegen via www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Consultatie3etranche.asp.
 2. Zie o.m. H. Beckman, *Minimumkapitaal, aansprakelijkheid en publiciteit: wat moet de crediteur hiermee?*, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 23.
 3. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m.nt. Maeijer.
 4. HvJ EG 30 september 2003, C-167/01.
 5. Zie de bijlage bij het wetsontwerp getiteld 'Notitie invoering aandelen zonder nominale waarde'.

minimumkapitaal waaraan bij de oprichting van een NV of BV moet worden voldaan. In het huidige artikel 2:178 lid 2 BW is het vereiste van minimumkapitaal voor de BV neergelegd. Dit artikellid bepaalt: 'Het maatschappelijke en het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan moeten bij de oprichting ten minste het minimumkapitaal bedragen dat bij koninklijk besluit is vastgesteld.' De hoogte van het minimumkapitaal is op dit moment vastgesteld op een bedrag van EUR 18.000. De ratio van het vereiste was volgens de memorie van toelichting (MvT) destijds het tegengaan van een lichtvaardig gebruik van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.⁶ Aangezien de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders als voornaamste gevolg heeft dat schuldeisers zich slechts op het vermogen van de vennootschap kunnen verhalen, werd aldus getracht een bepaalde zekerheid ten behoeve van schuldeisers van de vennootschap te creëren. Zoals in de inleiding reeds is vermeld, is op deze 'zekerheid' de laatste jaren in de literatuur veel kritiek geuit. Voornaamste punt van kritiek is dat het minimumkapitaal geen adequate bescherming voor crediteuren biedt en slechts een schijnzekerheid geeft. Het minimumkapitaal beschermt immers niet tegen gemaakte verliezen. Daarnaast wordt het bedrag van EUR 18.000 als een willekeurige grens gezien, die geen rekening houdt met de aard en omvang van de activiteiten in de onderneming.⁷ Daarbij komt ook nog dat het minimumkapitaalvereiste voor ondernemers een belangrijke reden is om van de BV af te zien als rechtsvorm voor hun onderneming.⁸ Aldus is een bovenmatige belemmering ontstaan die haar doel voorbijgeschoten is. Een alternatieve regeling die eenvoudiger van aard is, lijkt dan ook gewenst. In de voorfase van het Voorontwerp zijn daarom, in opdracht van de betrokken ministeries, twee onderzoeken ingesteld door medewerkers van het Instituut voor Ondernemingsrecht in Groningen naar alternatieve systemen voor kapitaalbescherming.⁹ De in het Voorontwerp voorgestelde regeling is voor een belangrijk deel gebaseerd op de bevindingen uit deze twee onderzoeken.

Afschaffing van het minimumkapitaal

In de door de wetgever voorgestelde nieuwe regeling vervalt het vereiste van storting van een minimumkapitaal ten tijde van de oprichting. Deze afschaffing leidt er onder meer toe dat in de toekomst een zeer gering kapitaal voldoende is om een BV op te richten. In de MvT bij het Voorontwerp wordt het voorbeeld van twee aandelen met een nominale waarde van 0,01 eurocent genoemd. Aldus wordt een van de voornaamste barrières voor de oprichting van een BV weggenomen. Bijkomend voordeel is dat de afschaffing een aantal positieve bijwerkingen tot gevolg heeft. Zo wordt in het nieuwe systeem het vereiste van een bankverklaring (art. 2:203 BW) vanzelfsprekend afgeschaft. Daarnaast ver-

valt de zogenoemde nachgrondingsregeling (art. 2:204c BW), die omzeiling van de voorschriften betreffende inbreng in natura beoogt tegen te gaan. Als derde punt dient het vervallen van het verbod van financiële steunverlening aan derden (art. 2:207c BW) te worden genoemd. Het opheffen van deze ingewikkelde en onduidelijke verbodsbepaling, waarmee al jaren wordt geworsteld, zal in de praktijk in goede aarde vallen.¹⁰ Als laatste punt dient het vervallen van de accountantscontrole bij de inbreng in natura (art. 2:204a en 2:204b BW) te worden vermeld. Aan de inbreng in natura worden in het Voorontwerp nog wel enige specifieke regels gesteld. Al met al kan in dit opzicht dus zeker van de benodigde versoepeling worden gesproken.

De bescherming van schuldeisers

De wetgever heeft in het Voorontwerp ook nieuwe regels gecreëerd om de belangen van schuldeisers te waarborgen. In plaats van het minimumkapitaal komt er een systeem waarin bestuurders de geoorloofdheid van uitkeringen aan aandeelhouders dienen te toetsen aan de hand van de liquiditeitspositie van de vennootschap. Dit systeem krijgt in het Voorontwerp nader vorm in artikel 2:216 BW, waarvan lid 2 als volgt zou gaan luiden:

'Een besluit als bedoeld in lid 1 kan niet worden genomen zonder de instemming van het bestuur indien dat besluit strekt tot uitkering van winst of reserves. Het bestuur weigert de instemming indien het eigen vermogen, verminderd met de reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden, negatief is of door de uitkering negatief zou worden, of voorzover het naar het oordeel van het bestuur redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.'

Bovenstaand artikellid leidt ertoe dat iedere vorm van uitkering aan aandeelhouders van de vennootschap getoetst dient te worden door het bestuur. Het bestuur dient daarbij op twee onderdelen te toetsen. Ten eerste komt er een vereenvoudigde balanstest, waarbij de positieve waarde van het eigen vermogen centraal staat. Ten tweede wordt getoetst of de vennootschap na het doen van de uitkering nog in staat is haar opeisbare schulden te betalen. De sanctie op het doen van uitkeringen die niet aan de hiervoor genoemde toetsingscriteria voldoen, is niet langer de nietigheid van besluitvorming van de algemene vergadering waarbij wordt besloten tot uitkering over te gaan,¹¹ maar de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de betrokken bestuurders. Artikel 2:216 lid 3 BW geeft een nadere invulling van deze aan-

6. Kamerstukken II 1974/75, 13 843, nr. 3, p. 9.

7. Zie MvT, p. 3 bij het Voorontwerp.

8. Zie de enquête '10 vragen voor de BV', p. 8 van het ministerie van Economische Zaken, gepubliceerd op www.flexbv.ez.nl.

9. Eveneens te raadplegen door middel van de site, genoemd in noot 1.

10. Zie Bartman/Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2003, p. 248-258 voor een overzicht van ontwijkingsconstructies van deze bepaling.

11. Zie nader B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, deel 42, Deventer: Kluwer 2003, p. 52 e.v.

sprakelijkheid, waarbij als norm wordt gesteld of bestuurders wisten of behoorden te weten dat een bepaalde uitkering de hiervoor genoemde toetsingscriteria niet kon doorstaan. Net zoals bij de hoofdelijke aansprakelijkheid in het geval van faillissement bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW) kent de bepaling in het Voorontwerp een wettelijk vermoeden, dat de curator die bestuurders aansprakelijk wenst te houden, tegemoetkomt in de bewijslast. Zo wordt de genoemde wetenschap vermoed aanwezig te zijn, indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering faillieert. Bestuurders zijn in dat geval hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de gedane uitkeringen en aldus bestaat deze aansprakelijkheid onder meer naast de algemene aansprakelijkheid in faillissement uit artikel 2:248 BW.

Naast deze nieuwe vorm van bestuurdersaansprakelijkheid wordt in artikel 2:216 lid 3 BW een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders ingesteld indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering faillieert. In de MvT van het Voorontwerp wordt deze terugbetalingsplicht jegens de vennootschap gelegitimeerd door te stellen dat het vanwege het besloten karakter van de BV niet gerechtvaardigd zou zijn in een dergelijke situatie de aansprakelijkheid volledig bij het bestuur te leggen.¹²

Aangezien de curator zijn vordering dus zowel bij het bestuur als bij de aandeelhouders kan indienen, rijst de vraag welke partij draagplichtig is ten aanzien van deze vordering. Het Voorontwerp en de MvT zwijgen hierover. Indien de wetgever bij een eventuele inwerkingtreding van het Voorontwerp geen duidelijkheid hieromtrent geeft, zullen de bestuurders naar alle waarschijnlijkheid pas tot uitkering overgaan, wanneer zij door de aandeelhouders worden gevrijwaard voor eventuele vorderingen die een curator op basis van deze regeling kan instellen.

De gevolgen voor bestuurders

Er is al betoogd dat de zorgplicht van het bestuur onder het Voorontwerp sterk toeneemt.¹³ Door de beslissing omtrent een uitkering aan aandeelhouders bij het bestuur neer te leggen in plaats van de algemene vergadering van aandeelhouders zou de bestuurder in bepaalde gevallen moeten kiezen tussen persoonlijke aansprakelijkheid en een mogelijk ontslag. Ik ben van mening dat het zo'n vaart niet zal lopen. Toegegeven is dat er de laatste jaren sprake is van een toenevend risico op mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders.¹⁴ De in het Voorontwerp gecreëerde mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid is echter niet van een dusdanig ander karakter in vergelijking met de reeds bestaande vormen van bestuurdersaansprakelijkheid dat de zorgplicht

van het bestuur in hoge mate wordt verzaamd. Aan het bestuur wordt slechts gevraagd om op een betrekkelijk eenvoudige wijze te toetsen of door een besluit tot uitkering de belangen van schuldeisers niet worden veronachtzaamd. Het bestuur wordt dus eigenlijk gevraagd om de redelijke belangen van verschillende partijen in zijn besluitvorming mee te wegen, iets wat op dit moment ook al in situaties van conflicterende belangen van het bestuur wordt verwacht. Daar komt nog bij dat aandeelhouders waarschijnlijk voor eventuele vorderingen van de curator zullen opdraaien vanwege een door het bestuur gehanteerde vrijwaringseis.

Conclusie

De derde tranche van het Voorontwerp inzake vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, dat op dit moment ter consultatie beschikbaar is gesteld, wijkt op een aantal belangrijke punten af van de huidige wettelijke regeling. De afschaffing van het vereiste van minimumkapitaal en de bijkomende positieve bijwerkingen die dit meebrengt, kunnen zeker als een versoepeling van de huidige kapitaalbeschermingsregels worden gezien, die over het algemeen als klemmend en onnodig stringent worden gezien.¹⁵ De daarvoor in de plaats komende mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid en terugbetalingsplicht voor aandeelhouders zijn een logische keuze om de belangen van schuldeisers te waarborgen. De positie van schuldeisers is aldus onder het Voorontwerp aanzienlijk beter dan dat onder de huidige regeling het geval is.

*Mr. W.N. Brugma
Stibbe*

12. MvT, p. 11 bij het Voorontwerp.

13. O. Boerstra, Aansprakelijkheid directeur neemt toe, *Het Financieel Dagblad* 13 april 2006.

14. Zie voor een nadere uiteenzetting M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 4 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

15. Zie H.E. Boschma, M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra in het eindrapport *Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming*, p. 4, gepubliceerd op www.flexbv.ez.nl.