

MARTIN VAN OLFFEN

Aansprakelijkheid heeft haar grenzen

De algemene regel dat een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk kan zijn als hij namens de bv verplichtingen aangaat waarvan hij weet dat de bv die niet kan nakomen, mag worden verruimd. Mits de termijn waarbinnen de vennootschap failleert zeker niet langer dan een jaar is

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders zal vermoedelijk door de - verwachte - flexibilisering van het bv-recht worden verruimd. Dat komt door afschaffing van de kapitaalbescherming, die beoogt dat kapitaalverschaffers en schuldeisers niet worden benadeeld. Flexibilisering van het bv-recht is op zichzelf wenselijk, maar de verruiming van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders mag niet te ver doorschieten.

De wetgeving voor de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap bepaalt op dit moment dat er ten minste een vermogen aanwezig dient te zijn dat gelijk is aan het bedrag van het geplaatste kapitaal. Dit leidt tot bescherming van kapitaalverschaffers en schuldeisers.

Flexibilisering van het bv-recht gaat in verschillende fases. Zoals aangekondigd zal binnenkort de derde tranche van een voorontwerp verschijnen, dat zal gaan over het kapitaal en het vermogen van de bv. Alle studies die op verzoek van de ministeries van Justitie en Economische Zaken zijn verricht, wijzen er op dat voor de bv de kapitaalbescherming wordt afgeschaft. Deze zal worden vervangen door een grotere kwetsbaarheid - 'exposure' - van bestuurders. Bij de nv kan dit niet, nu die wetgeving gebonden is aan Europese regelgeving.

Net zo min als de regelingen voor corporate governance een garantie vormen voor behoorlijk bestuur van ondernemingen, geven de regels van kapitaalbescherming aan crediteuren de garantie dat een bv over voldoende vermogen beschikt om haar schulden te voldoen. Nu de regels van kapitaalbescherming leiden tot allerlei praktische complicaties waar alleen juridisch adviseurs garen bij spinnen en die bovendien niet het beoogde doel waarborgen, is het een goede zaak als die worden afgeschaft.

Daarmee wordt ook aangesloten bij andere Europese landen, zoals Engeland, Duitsland en Frankrijk. De wetgever zal evenwel willen voorkomen dat de bv wordt aangewend om schuldeisers te benadelen.

Wat ondernemend Nederland in dit opzicht staat te wachten, lijkt niet moeilijk te voorspellen. Waarschijnlijk zal voor de kapitaalbescherming een persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders in de plaats komen. Dat is een bekend concept in landen die Nederland voorgingen met het afschaffen van de kapitaalbescherming. Die aansprakelijkheid zal zowel op inbound- als outboundtransacties zien. Inbound waar het gaat om de reële waarde van hetgeen op de aandelen wordt gestort en outbound waar het gaat om bijvoorbeeld uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van aandelen of het verstrekken van leningen aan aandeelhouders.

Wat betreft de inboundtransacties mag worden verwacht dat aansprakelijkheid van bestuurders dreigt wanneer de storting op aandelen in natura een lagere waarde

vertegenwoordigt dan het bedrag van de stortingsplicht. Wat betreft de outboundtransacties mag worden verwacht dat de aansprakelijkheid telt als het bestuur wist of redelijkerwijs zou moeten weten dat de bv na het doen van de uitkering haar schulden niet meer kan voldoen.

Kortom, het bestuur zal een liquiditeits- en solvabiliteitstest moeten doen. Of dit nieuwe concept bezwaarlijk is voor bestuurders hangt af van de eisen die aan een dergelijke test zullen worden gesteld. Ook is hier van belang of de wetgever een bepaling zal

invoeren als gevolg waarvan een wettelijk vermoeden zal bestaan dat bestuurders wisten dat een bv niet langer aan haar schulden kon voldoen, bijvoorbeeld als de bv binnen zekere tijd na de uitkering faillieert.

Nu geldt al de algemene regel dat een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk kan zijn als hij namens de bv verplichtingen aangaat terwijl hij weet of behoort te weten dat de bv die verplichtingen niet kan nakomen, ook wel 'wrongful trading' genoemd. Op zich lijkt het niet zo bezwaarlijk als dat principe een bredere strekking krijgt.

Het wordt voor bestuurders wel bezwaarlijk als aansprakelijkheid dreigt als de vennootschap pas na geruime tijd faillieert, terwijl bestuurders voorafgaand aan de uitkering een verantwoorde liquideits- en solvabiliteitstest hebben uitgevoerd. Het vermoeden van wetenschap zou, als het al wordt ingevoerd, alleen mogen bestaan als de termijn waarbinnen de vennootschap faillieert betrekkelijk kort is en zeker niet langer dan een jaar.

Een andere vraag is of de dreiging van aansprakelijkheid ook zou moeten gelden als de bv een uitkering doet in de vorm van eigen aandelen - stockdividend of bonusaandelen. Bij zo'n uitgifte wordt het vermogen van de vennootschap aangewend om de aandelen te betalen, maar dat gebeurt met gesloten beurzen. Nu daardoor geen vermogen de bv verlaat, zou dat soort uitkeringen niet tot aansprakelijkheid mogen leiden.

Martin van Olffen is notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar ondernemingsrecht Radboud Universiteit - Van der Heijden Instituut.

November 09, 2005 FD