

Doel van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht is meer vrijheid van inrichting en een betere aansluiting bij de praktijk. Maar is dat ook zo? Kijk

‘Hoewel de stelling tamelijk uitgesproken is – zoals ook hoort –, ben ik het er mee eens. Het hele systeem van crediteurenbescherming gaat in de nieuwe wetgeving op de schop. De balanstechische, rekenkundige benadering maakt goeddeels plaats voor een beoordeling door het bestuur. Het bestuur moet gaan beoordelen of de vennootschap na een inkoop van eigen aandelen nog aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Dat is weliswaar een codificatie van bestaande rechtspraak; het is nu als instructie aan het bestuur in de wet opgenomen. Nog nadrukkelijker neemt de bestuursrol in gewicht toe bij de uitkeringen aan de aandeelhouders: een aandeelhoudersbesluit tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur daaraan geen goedkeuring heeft verleend. Maar daar blijft het niet bij. Het nieuwe artikel 2:216 lid 2 BW schrijft voor dat het bestuur slechts de goedkeuring weigert “indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden”. Hier kan het bestuur dus lijnrecht tegenover de

maar naar de gevolgen voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders.

aandeelhouder komen te staan. De aandeelhouder die het bestuur benoemt. Bijzondere aandacht verdient hier nog de verregaande instructiebevoegdheid aan het bestuur die de nieuwe wet kent. De statuten kunnen onder het nieuwe recht bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan. Dat op zich is niet nieuw. Wel is nieuw dat deze instructies niet algemeen, maar ook specifiek kunnen zijn. Maar het gaat nog verder. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen “tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”, aldus het nieuwe artikel 2:239 lid 3 BW. Het zal voor een bestuurder soms lastig lavenen zijn tussen instructie en vennootschappelijk belang. “Wiens brood men eet, diens woord men spreekt”, zo luidt een oud-vaderlandse zegswijze. Een wat cynische waarheid, misschien. De BV-bestuurder komt er onder de nieuwe wetgeving niet mee weg. De flex-BV vraagt inderdaad bestuurders met een rechte rug. Ik had het zelf kunnen zeggen.’

Stelling:
De wet ‘flexibilisering BV-recht’ verlangt veel meer dan nu, bestuurders die hun rug onflexibel recht houden



Paul Quist,
notaris bij Stibbe



Casper Jones, kandidaat-notaris
bij Veldhuizen Beens Van de Castel
notarissen

‘Bij de flex-BV worden de regels van kapitaalbescherming ingrijpend gewijzigd. De huidige regels hebben een “tick the box” karakter. Dat wil zeggen: indien het bestuur de wettelijke regels van kapitaalbescherming naleeft, dan handelt het in beginsel rechtmatig. Denk hierbij aan de regeling omtrent *nachgründung*, *financial assistance*, kapitaalvermindering of uitkering van dividend. De huidige regeling maakt plaats voor een systeem met minder formele regels gecombineerd met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders. Zo worden de regelingen met betrekking tot *nachgründung* en *financial assistance* in het geheel afgeschaft en geldt bij iedere vorm van uitkering een uitkeringstest in plaats van de huidige balanstest. De uitkeringstest houdt kort gezegd in dat de instemming van het bestuur is vereist voor een geldige uitkering. Het bestuur moet de instemming weigeren indien de flex-BV door de uitkering niet meer haar

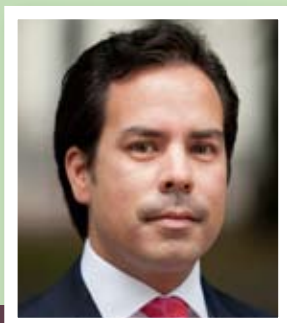
opeisbare schulden kan blijven voldoen. Het is denkbaar dat het bestuur van een flex-BV wordt verzocht mee te werken aan een transactie waaraan het naar huidig recht niet zou kunnen meewerken. Denk bijvoorbeeld aan een uitkering van dividend die de huidige balanstest niet kan doorstaan of het verstrekken van zekerheid in het kader van de aankoop door een aandeelhouder van eigen aandelen. In die situaties zal de bestuurder onder de nieuwe wetgeving een rechte rug moeten houden en actief een eigen afweging maken of hij kan meewerken aan dergelijke transacties. Bij verwijtbaar handelen ligt aansprakelijkheid op de loer! Voor wat de regels van kapitaalbescherming betreft ben ik het dus met de stelling eens: een bestuurder van een flex-BV heeft meer vrijheid tot handelen met als gevolg dat hij meer zijn eigen grenzen moet stellen. Zonder rechte rug is het stellen van grenzen onbegonnen werk!’

‘Vanzelfsprekend is ook onder het huidige recht waakzaamheid geboden voor bestuurders voor wat betreft het meewerken aan uitkeringen aan aandeelhouders. Een bekend voorbeeld is de Reinders/Didam-zaak uit 2004. Toch brengt de zware sanctie die het nieuwe BV-recht verbindt aan een misrekening van een bestuurder, naar mijn mening met zich mee dat een bestuurder van een BV zeer behoedzaam zal (moeten) opereren bij uitkeringen van winst en reserves. Het gaat dan met name om gevallen waarin de financiële resultaten en/of vooruitzichten van de BV te wensen overlaten of met de uitkering de grens van artikel 2:216 lid 1 BW in zicht komt. In de praktijk zijn vele voorbeelden denkbaar van situaties waarin het voor een bestuurder lastig zal zijn om de juiste beslissing te nemen. Een te grote mate van voorzichtigheid zal de

bestuurder door de aandeelhouders niet in dank worden afgenomen. Maar het hanteren van te veel souplesse bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders, zal de bestuurder slapeloze nachten kunnen bezorgen en mogelijk zijn eigen financiële positie kunnen schaden. Een veel gehoord voorbeeld in dit verband is de onmogelijke positie van een bestuurder van een concernvennootschap die “orders van hogerhand heeft te accepteren”. Een ander voorbeeld is de externe bestuurder van een familievennootschap; de externe bestuurder zal wellicht lastig weerstand kunnen bieden aan de “familie” zonder zijn eigen positie onder druk te zetten. Een rechte rug (kunnen houden) is – naast gezond verstand – onder het nieuwe BV-recht een *must have!*’



Corrine Holdinga, notaris bij Lexence advocaten & notarissen



Thierry J. Burgemeestre, kandidaat-notaris bij Van Buttingha Wichers notarissen

‘Met deze stelling ben ik het niet eens. Over het wetsvoorstel is inmiddels veel gepubliceerd, met name over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders in de voorgestelde regeling. De stelling suggereert dat bestuurders onder het nieuwe BV-recht aanzienlijk meer aansprakelijkheidsrisico lopen dan onder de huidige wetgeving. Deze, naar mijn mening grotendeels onjuiste, conclusie heeft onder meer in het bedrijfsleven tot paniek en dientengevolge de bekende (tijdelijke) *tourneure* van de wetgever geleid. Hierbij ging het met name om de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur bij uitkeringen aan aandeelhouders. Ook naar huidig recht zijn er echter tal van aansprakelijkheidsgrondslagen voor bestuurders zoals onbehoorlijke taakvervulling, inschrijvings- en stortingsaansprakelijkheid, faillissementsaansprakelijkheid en

aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Verder zal het meewerken van het bestuur aan een uitkering aan aandeelhouders onrechtmatig kunnen zijn (zie de arresten Nimox en Reinders/Didam). Voor een belangrijk deel is de voorgestelde regeling een codificatie van bestaande normen. Dit betekent dat ook onder het nieuwe BV-recht het bestuur de rug recht zal moeten houden en bijvoorbeeld zijn goedkeuring onder omstandigheden moet onthouden aan een uitkeringsbesluit. Een bestuurder die zorgvuldig zijn taak vervult en handelt in het belang van de vennootschap hoeft echter in beginsel niet te vrezen voor meer aansprakelijkheid dan nu het geval is. Ik zie het overigens als een taak voor het notariaat om deze aansprakelijkheidskwesties in de *Belehrung* en advisering van bestuurders mee te nemen.’

‘Ik denk dat dit wel meevalt. De voorgestelde regeling legt nadrukkelijk bepaalde verantwoordelijkheden bij het bestuur. Bijvoorbeeld het goedkeuren en in voorkomende gevallen dus ook het weigeren van uitkeringen aan aandeelhouders waartoe door de algemene vergadering is besloten. De statuten kunnen ook voorzien in de mogelijkheid dat aan het bestuur concrete instructies kunnen worden gegeven door bijvoorbeeld de algemene vergadering. Het bestuur zal moeten weigeren daaraan uitvoering te geven indien het belang van de (crediteuren van de) vennootschap dit vergt. In deze gevallen zal het bestuur tegen druk van de algemene vergadering bestand moeten zijn. Het is echter de vraag of de verhouding tussen bestuur en algemene vergadering onder het huidige recht wezenlijk anders is. Ook naar huidig recht mag het bestuur niet meewerken aan een besluit tot

uitkering indien voorzienbaar is dat de uitkering tot gevolg zal hebben dat schuldeisers van de vennootschap niet meer kunnen worden voldaan en de vennootschap ook geen verhaal zal bieden. En naar huidig recht komt het ook voor dat op het bestuur druk wordt uitgeoefend om de wensen van de algemene vergadering uit te voeren. In deze gevallen moet het bestuur zijn rug recht houden. Indien de statuten voorzien in een concreet instructierecht – hetgeen straks mogelijk zal zijn – kan de positie van het bestuur evenwel lastiger worden. Het bestuur beschikt dan over minder autonomie en kan slechts weigeren op grond van het belang van de vennootschap en niet (mede) op grond van zijn eigen beleid. Een bestuur dat zijn eigen beleid tot uitvoering wil brengen, zal dan in zoverre steviger in zijn schoenen moeten staan dan naar huidig recht het geval is.’



Wino van der Veen, hoogleraar vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Vrije Universiteit, special counsel ondernemingsrecht Baker&McKenzie