

# De wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht en de gevolgen van de afschaffing van artikel 2:207c BW voor de praktijk

F.L. van Dijk en V.L. Veenma\*

## Inleiding

Centraal in deze bijdrage staan de gevolgen van de afschaffing van het wetsartikel dat wordt beschouwd als 'een van de lastigste en meest verfoeide in het kapitaalbeschermingsrecht'.<sup>1</sup> Gedoeld wordt op art. 2:207c BW dat in de praktijk een belangrijke bepaling van het bv-recht vormt en is afgeleid van het absolute steunverbod van art. 23 lid 1 van de Tweede Richtlijn.<sup>2</sup> Art. 2:207c BW houdt kort gezegd in dat de vennootschap of haar dochtermaatschappijen geen financiële steun mogen verlenen aan derden bij het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal.<sup>3</sup> Het verbod tot steunverlening strekte oorspronkelijk tot aanvulling op de reeds bestaande beperkingen om te voorkomen dat de inkoopbepalingen werden omzeild,<sup>4</sup> maar is uiteindelijk uitgegroeid tot een op zichzelf staande kapitaalbeschermingsbepaling.<sup>5</sup> De regelgeving betreffende kapitaalbescherming – de artikelen aangaande de winstverdeling (art. 2:216 BW), de verkrijging van eigen aandelen (art. 2:207 BW), kapitaalvermindering (art. 2:208 BW) en het verbod tot steunverlening (art. 2:207c BW) – is in de jaren tachtig<sup>6</sup> in het Burgerlijk Wetboek ingevoerd om te bewerkstelligen dat het bijeengebrachte kapitaal zo veel mogelijk in stand werd gehouden en diende om de

\* Mr. F.L. van Dijk en mr. V.L. Veenma zijn als advocaat werkzaam bij Linklaters LLP.

1 Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, bewerkt door J. Winter, nr. 28, p. 81, Deventer: Kluwer, 2006.

2 Tweede Richtlijn inzake het vennootschap van de Raad Europese Unie, 13 december 1976, 77/91/EEG, PbEG L26.

3 Art. 2:207c lid 1 BW: de vennootschap mag niet, met het oog op het nemen of verkrijgen door anderen van aandelen in haar kapitaal of van certificaten daarvan, zekerheid stellen, een koersgarantie geven, zich op andere wijze sterk maken of zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden. Dit verbod geldt ook voor haar dochtermaatschappijen. Art. 2:207c lid 2 BW: leningen met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal of van certificaten daarvan, mag de vennootschap slechts verstrekken tot ten hoogste het bedrag van de uitkeerbare reserves en voor zover de statuten dit toestaan. Art. 2:207c lid 3 BW: De vennootschap houdt een niet uitkeerbare reserve aan tot het uitstaande bedrag van de in het vorige lid genoemde leningen.

4 MvT, Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 40-41.

5 Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, bewerkt door J. Winter, nr. 28, p. 83, Kluwer; Deventer, 2006.

6 Voor de bv bij de op 20 januari 1986 in werking getreden Wet kapitaal van de besloten vennootschap (Stb. 1985, 656).

belangen van de (minderheids)aandeelhouders en van de crediteuren van een besloten vennootschap te beschermen.

Zowel het kapitaalbeschermingsregime voor de bv in het algemeen als het verbod op steunverlening in het bijzonder zijn al geruime tijd aan kritiek onderhevig.<sup>7</sup> Binnen afzienbare tijd zal het kapitaalbeschermingsregime mede daarom worden gewijzigd. Op 31 mei 2007 is het wetsvoorstel van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht ingediend bij de Tweede Kamer<sup>8</sup> ('wetsvoorstel'). In het hierna nader omschreven voortraject van het wetsvoorstel werden de wijzigingen in de regelgeving omtrent kapitaalbescherming in een aparte tranche behandeld.<sup>9</sup> Daarin speelt het nieuwe artikel aangaande winstverdeling (art. 2:216 BW) een sleutelrol.<sup>10</sup> In dit artikel worden namelijk de voorwaarden uiteengezet aan de hand waarvan het bestuur dient te beoordelen of bepaalde transacties al dan niet

7 Th. C.M. Hendriks-Jansen, 'Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap, een rechtsvergelijkende studie' (proefschrift KUN 1988), Deventer: Kluwer; W.J. Slagter, Enkele problemen op het terrein van de kapitaalbescherming in: Van Vennootschappelijk belang (Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen), Tjeenk Willink: Zwolle 1988, p. 291-305; J.N. Schutte-Veenstra, 'EG-harmonisatie van vennootschapsrecht; een stand van zaken', SEW 2003, p. 121.

8 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2.

9 Derde tranche, verschenen op 4 april 2006.

10 Titel 5 Afdeling 3 Art. 216 lid 1 (voor zover voor deze bijdrage relevant): 'De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De statuten kunnen de bevoegdheden, bedoeld in de eerste zin, beperken of toekennen aan een ander orgaan. Lid 2: Een besluit dat sterkt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen instemming heeft verleend. Het bestuur weigert de instemming 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. Lid 3: Indien 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 redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het bedrag of de waarde van die uitkering met de wettelijke rente vanaf de uitkering. Niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van een uitkering in staat van faillissement wordt verklaard, is degene die de uitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, gehouden tot terugbetaling aan de vennootschap van het bedrag of de waarde van de uitkering met de wettelijke rente vanaf de uitkering. Indien de bestuurders de vordering uit hoofde van de eerste zin hebben voldaan, geschiedt de in de derde zin bedoelde terugbetaling aan de bestuurders, naar evenredigheid van het gedeelte dat door iedere bestuurder is voldaan. Ten aanzien van een schuld uit hoofde van de eerste of de derde zin is de schuldenaar niet bevoegd tot verrekening. Lid 4: Met een bestuurder wordt voor de toepassing van lid 3 gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder'.

geoorloofd zijn. Tevens bevat dit artikel een risicoverdeling voor het geval een vennootschap naderhand haar verplichtingen tegenover derden door de bewuste rechtshandeling niet kan nakomen. De bepalingen aangaande verkrijging van eigen aandelen en kapitaalvermindering<sup>11</sup> haken hierbij aan en bevatten een verwijzing naar art. 2:216 BW. In het kader van steuntransacties lijkt voor art. 2:216 BW echter geen rol te zijn weg gelegd, nu de wetgever ervoor heeft gekozen art. 2:207c BW simpelweg uit het Burgerlijk Wetboek te schrappen. Dit is opmerkelijk, gezien het feit dat verschillende adviseurs tijdens de behandeling van de derde tranche hebben geadviseerd dat art. 2:216 BW ook voor steuntransacties in de toekomst een rol zou moeten spelen.<sup>12</sup>

Wij zullen in deze bijdrage uiteenzetten dat de voorgestelde wetswijzigingen en in het bijzonder de schrapping van art. 2:207c BW voor de praktijk niet in alle opzichten de gewenste verbetering bieden. Naar onze mening zullen met name bestuurders en hun adviseurs na de invoering van het wetsvoorstel nog steeds met vragen over het steunverbod worden geconfronteerd.

Hiertoe zal allereerst de achtergrond van de voorgestelde wijzigingen worden beschreven. Aansluitend zullen wij de derde tranche van het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel en de gevolgen hiervan voor de praktijk behandelen. Daarbij zullen wij in het bijzonder het nieuwe art. 2:216 BW bespreken aan de hand van de huidige regelgeving en jurisprudentie. De afwegingen die bij het doen van winstuitkeringen, inkoop van aandelen en kapitaalvermindering gemaakt moeten worden, zijn vergelijkbaar met de afwegingen die bestuurders in het kader van steuntransacties – ook na aanvaarding van het wetsvoorstel – dienen te maken. Na aanvaarding van het wetsvoorstel zullen de wegen waarlangs bestuurders voor vorenstaande handelingen aansprakelijk gesteld kunnen worden echter verschillen. De diverse bestaande algemene aansprakelijkheidsregels zullen worden besproken, waarbij tevens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de (nieuwe) regels zoals neergelegd in art. 216 lid 1-4 BW als *lex specialis* moeten worden aangemerkt ten opzichte van deze bestaande algemene aansprakelijkheidsregels en jurisprudentie, dan wel een reflexwerking kunnen hebben. Ongeacht het antwoord op deze vraag, zal het enige handvat dat bestuurders ten dienste staat bij de beoordeling of een steuntransactie geoorloofd is, geboden worden door de algemene aansprakelijkheidsregels, nu een specifiek wetsartikel in het wetsvoorstel ontbreekt. Wij achten

11 Art. 2:207 en 2:208 BW.

12 Zie noten 32 t/m 35.

dit ontoereikend. Uit deze bijdrage zal daarom blijken dat het te betreuren valt dat het steunverbod is geschrapt zonder dat de wetgever zich rekenschap lijkt te hebben gegeven van de bruikbare toets die art. 2:216 BW ook aan steuntransacties had kunnen bieden. Gezien de lastige afwegingen die bestuurders moeten maken bij de beoordeling of steuntransacties geoorloofd zijn, pleiten wij voor een zodanige aanpassing van het wetsvoorstel waardoor bestuurders gedwongen worden steuntransacties eveneens aan de in art. 2:216 BW neergelegde toets te onderwerpen.

### Achtergrond voorgestelde wijziging kapitaalbeschermingsregime

De kapitaalbeschermingsregels worden als niet effectief<sup>13</sup> en te complex ervaren en leiden bovendien tot rechtsonzekerheid.<sup>14</sup> Met name art. 2:207c BW geeft al jarenlang aanleiding tot vele vragen.<sup>15</sup> Zo heerst bijvoorbeeld in de literatuur onduidelijkheid over de vraag of de woorden 'met het oog op' in lid 1 van die bepaling al dan niet restrictief moeten worden geïnterpreteerd.<sup>16, 17</sup> Ook bestaat er onzekerheid ten aanzien van de regel dat het verbod tevens geldt voor de dochtermaatschappijen van de vennootschap in het kapitaal waarvan aandelen worden verkregen.<sup>18</sup> In dat verband is het onder meer de vraag of deze eis ook geldt als het gaat om het verstrekken van leningen zoals beschreven in lid 2. Daarnaast komt in internationale

13 HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 en B. Bier, 'Kapitaalbescherming: overbodig of nodig', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 10-16.

14 J.B. Huizink, 'Aspecten van ongeldigheid van rechtshandelingen in het vennootschaps- en ondernemingsrecht', *Preadvies KNB* 2003, p. 208 e.v.

15 Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, bewerkt door J. Winter, nr. 28, p. 82, Deventer: Kluwer 2006.

16 Restrictief: J.H. Maschaupt, P.H. Storm, 'De tweede EEG Richtlijn inzake vennootschapsrecht', preadviezen uitgebracht voor de gezamenlijke vergadering op 8 december 1978 van de Vereniging Handelsrecht en de Nederlandse Vereniging van Europees Recht, 1978, p. 192; P.J.P. Verloop, 'Steunfraude in het vennootschapsrecht', de NV 1988, p. 175; Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, bewerkt door J. Winter, nr. 28, p. 81, Deventer: Kluwer 2006. Anders: A.G. van Solinge, 'Steunverlening door een vennootschap met het oog op de verwerving van haar aandelen in Vennootschapsrecht in EG perspectief', Deventer, Kluwer: 1993; B.T.M. Steins Bisschop & S.W. Douma, 'De management buy-in in Nederland: een bundeling van economische, juridische, fiscale en financiële beschouwingen', *Bedrijfskundige signalelementen*. Schoonhoven: Academic Service 1993, ISBN, p. 139.

17 In HR 7 mei 2004, JOR 2004, 161 (Muller/Rabobank) heeft de HR bepaald dat art. 2:207c BW niet van toepassing is, indien de vennootschap geld leent van de bank en daarvoor zekerheden aan de bank verstrekt en een deel van het geleende doorleent aan een derde opdat deze aandelen kan verkrijgen. Het Hof Arnhem (JOR 2007, 31) ging nog een stap verder door dit oordeel over te nemen in een geval waarin de bv onvoldoende vrije reserves had om door te lenen.

18 Dit lijkt een omissie van de wetgever te zijn. Zie bijvoorbeeld H.J.M.N. Honée, 'Art. 207c: Zekerheidsstellingen, leningen en dochters' in: Tot vermaak van Slagter, 1988, p. 90; P.J. Verloop, 'Steunfraude in het vennootschapsrecht', de NV 1988, p. 172.

financieringstransacties geregeld de vraag aan de orde of het verbod zich mede uitstrekt tot buitenlandse dochtermaatschappijen of dat het slechts beperkt blijft tot Nederlandse vennootschappen.<sup>19</sup> Voorts mogen leningen krachtens lid 2 slechts verstrekt worden tot ten hoogste het bedrag van de vrije reserves. De vraag die in dat verband rees, was of de in lid 2 gegeven vrijheid ten aanzien het verstrekken van leningen tot het bedrag van de vrije reserves niet ook moest gelden voor de in lid 1 beschreven handeling.<sup>20</sup> Ook de sanctie op overtreding (nietigheid<sup>21</sup> of vernietigbaarheid<sup>22</sup>) is nooit helder geweest.<sup>23</sup> In het algemeen zijn er verschillende stromingen in de literatuur ten aanzien van de interpretatie van de strekking van het verbod.

Op Europees niveau werd reeds in 2000 in Lissabon het nieuwe strategische doel geformuleerd dat Europa in 2010 de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld moet zijn die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.<sup>24</sup> In een groot aantal lidstaten werd het vennootschapsrecht hervormd, hetgeen ertoe heeft bijgedragen de doelstellingen van de Lisabonstrategie te verwezenlijken. Ook in Nederland werden verschillende initiatieven ontwikkeld die voor de bv consequenties zullen hebben. In 2003 hebben de ministeries van Justitie en Economische Zaken het project 'De flexibele BV' gestart. Hiermee werd beoogd het bv-recht flexibeler te maken en beter te laten aansluiten bij de praktijk. In het kader van dit project heeft in november 2003 de expertgroep onder leiding van professor De Kluiver ('Expertgroep') de opdracht meegekregen aanbevelingen te doen

19 Zie onder meer Dortmund, 'Een dochter in het buitenland', Op recht (Struyken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 41; J.N. Schutte-Veenstra, 'Financiële steunverlening door een buitenlandse dochter', TVVS 1994, p. 241; C. Asser, 'Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht', Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap, tweede druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 161, p. 196 (Asser-Maeijer, 2-III (2000)).

20 Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, bewerkt door J. Winter, nr. 28, p. 81, Deventer: Kluwer 2006.

21 L.H. Slijkhuis, 'De bankier als jurist' (Langman Bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 85.; Van der Grinten, 'Handboek' nr. 317, Timmerman, Themis 1992, p. 165 en C. Asser, 'Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht', Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap, tweede druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 165. (Asser-Maeijer, 2-III (2000)) en Rb. Almelo, 30 maart 2005, JOR 2005, nr. 170.

22 H.P.J. Ophof, 'Knelpunten voor de vennootschapswetgeving', IVO nr. 24, 1995; J.N. Schutte-Veenstra, TVVS 1994, p. 241; Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, nr. 28, p. 82; Zie ook JOR 2008/121 en de noot van C.J. Groffen.

23 Zie bijvoorbeeld mr. W. Aerts, 'Curator en kapitaalbescherming', Tvl 2003, p. 206 en Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', veertiende druk, nr. 28.

24 Europese Raad Lissabon, 23 en 24 maart 2000, Conclusies van het voorzitterschap, zie <[www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_nl.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_nl.htm)>.

met betrekking tot knelpunten en lacunes in het bv-recht. Het eindrapport<sup>25</sup> van de Expertgroep bevat belangwekkende voorstellen tot aanpassing van het huidige bv-recht, ook op het punt van kapitaal- en vermogensbescherming. De Expertgroep heeft hierbij onder andere gebruikgemaakt van het rechtsvergelijkende onderzoek naar alternatieven voor kapitaalbeschermingsrecht bij de bv van M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra ('Lennarts/Schutte-Veenstra').<sup>26</sup>

### De derde tranche van het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel

Na het verschijnen van het eindrapport van de Expertgroep zijn er drie tranches van het ambtelijk voorontwerp vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht voor consultatie geweest. In de derde tranche werd voorgesteld het vereiste dat er een minimumkapitaal bij oprichting aanwezig moet zijn (art. 2:178 lid 2 BW), de verplichte bankverklaring bij stortingen in geld bij oprichting (art. 2:203a BW), de accountantscontrole bij inbreng in natura, zowel bij als na oprichting (art. 2:204a en 204b BW), evenals de nachgründingsregeling (art. 2:204c BW) en het steunverbod (art. 2:207c BW) af te schaffen. De inkoopregeling (art. 2:207 BW) zou worden versoepeld. Het vaste kapitaalsbedrag zoals neergelegd in art. 2:207, 2:208 en 2:216 BW werd vervangen door (i) een liquiditeitstest<sup>27</sup>, bestaande uit een vereenvoudigde balanstest<sup>28</sup> en een liquiditeitstest in enge zin<sup>29</sup> en (ii) aansprakelijkheid van bestuurders.

De Expertgroep<sup>30</sup> had aanbevolen om art. 2:207c BW te handhaven in de zin dat de vennootschap met betrekking tot haar aandelen of certificaten daarvan geen koersgarantie mag geven. De overige vormen van steunverlening zouden moeten worden toegestaan onder de voorwaarden zoals neergelegd

25 Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag, 6 mei 2004.

26 M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, 'Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht', Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 47, Deventer: Kluwer 2004.

27 Bezwaren tegen de liquiditeitstest zijn onder andere geuit in de Reactie van Loyens & Loeff van 12 juni 2006, <[www.justitie.nl/bvrecht](http://www.justitie.nl/bvrecht)>.

28 Inhoudende dat het eigen vermogen groter of gelijk is aan nul.

29 Inhoudende dat de vennootschap na de uitkering nog steeds in staat moet zijn aan haar opeisbare schulden te voldoen.

30 Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag, 6 mei 2004, p. 85-86.

in art. 2:216 lid 2 BW.<sup>31</sup> In zijn wetsvoorstel heeft de wetgever er daarentegen voor gekozen art. 2:207c BW geheel te schrappen. Hij kiest voor een oplossing die wat betreft de sanctionering terugvalt op de hierna te bespreken algemene regels voor bestuurshandelen, zoals vastgelegd in de regels voor behoorlijke taakvervulling door de bestuurders (art. 2:9 BW) (of in geval van faillissement, art. 2:248 BW), aansprakelijkheid jegens derden (art. 6:162 BW) en de tegenstrijdigbelangregeling (art. 2:256 BW).<sup>32</sup>

De summiere motivering voor het schrappen van art. 2:207c BW valt kort gezegd in de volgende drie onderdelen uiteen: (i) deze benadering sluit aan bij de herzieningsvoorstellen in het Verenigd Koninkrijk (ii) het is een ingewikkelde bepaling die in de praktijk tot veel problemen heeft geleid en (iii) een specifieke wettelijke regeling voor dergelijke steuntransacties is niet noodzakelijk voor de bescherming van crediteuren of aandeelhouders.<sup>33</sup> In de motivering onder (i) en (ii) kunnen wij ons vinden, maar bij de laatste motivering hebben wij onze bedenkingen.

Dat crediteuren wel degelijk gebaat kunnen zijn bij een codificatie van hetgeen al dan niet is toegestaan in het kader van een steuntransactie bleek al uit het advies van de Expertgroep. Ook Lennarts/Schutte-Veenstra hebben in hun eindrapport<sup>34</sup> aangegeven dat een liquiditeitstest en/of een solvabiliteitstest niet alleen zou moeten gelden bij het uitkeren van (interim-) dividend, de inkoop van eigen aandelen en het doen van uitkeringen in het kader van een kapitaalvermindering, maar ook bij het financieren van een verkrijging van eigen aandelen door een derde, omdat bij al deze verrichtingen het eigen vermogen van de bv tegenover haar aandeelhouders verdwijnt. Een dergelijke liquiditeitstest zoals neergelegd in het voorgestelde art. 2:216 BW zou voor het bestuur een bruikbaar middel kunnen zijn ter beoordeling van de vraag of een bepaalde transactie al dan niet geoorloofd is. Voorgesteld werd nog om tevens een voorafgaand goedkeurend aandeelhoudersbesluit als voorwaarde voor steunverlening op te nemen.<sup>35</sup> Daarnaast hebben verschillende deskundigen in de consultatieronde hun

31 Zie het Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag, 6 mei 2004, p. 77-85.

32 De tegenstrijdigbelangregeling zal in dit artikel niet verder besproken worden, mede gezien het feit dat deze regeling ook aan verandering onderhevig is. Mr. drs. F.A. Biemond, 'Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen', *Vennootschap & Onderneming* mei 2008, nr.5.

33 MvT, p. 83.

34 M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, 'Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht', Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 47, Deventer: Kluwer 2004, p.18.

35 Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag, 6 mei 2004, p. 100.

steun betuigd aan de opvattingen van de Expertgroep en Lennarts/Schutte-Veenstra. Onder meer werd aangegeven<sup>36</sup> dat ook moet worden overwogen of met het vervallen van art. 2:207c BW tevens het vereiste van de gebonden reserves (die op grond van lid 3 moeten worden aangehouden) na aanvaarding van het wetsvoorstel wel zou moeten vervallen. Deze reserves kunnen namelijk substantieel zijn en vormen daarmee een zekere waarborg voor crediteuren (met name in het geval er voor de verplichtingen tegenover de vennootschap geen adequate zekerheden zijn gesteld).<sup>37</sup> Voorts werd voorgesteld om in het geval waarin de vennootschap geen zekerheid ontvangt voor de nakoming van een vordering uit hoofde van een steuntransactie, een test in de zin van art. 2:216 BW in te voeren.<sup>38</sup> Het steunverbod komt echter geheel te vervallen en wordt dus ook niet aan voorwaarden onderworpen.

### Gevolgen voor de praktijk

Ondanks dat het verbod op steunverlening geheel komt te vervallen, zal desalniettemin blijven gelden dat de bestuurders een afweging dienen te maken of de desbetreffende transacties – die voorheen onder het steunverbod vielen – en de voorwaarden waaronder deze worden aangegaan het doel van de vennootschap niet overschrijden en in het belang van de vennootschap zullen zijn.<sup>39</sup> Evenals bij andere transacties die door de bestuurders namens de vennootschap worden aangegaan, geldt hierbij de sanctie van aansprakelijkheid, indien niet de vereiste zorgvuldigheid in acht is genomen. Dit betekent volgens de memorie van toelichting onder andere dat steuntransacties niet mogen worden aangegaan tegen voorwaarden die niet aan gebruikelijke marktvoorwaarden zijn onderworpen of zeer ongunstig uitwerken voor de vennootschap.<sup>40</sup>

In zekere zin zijn de hiervoor genoemde afwegingen die de bestuurders moeten maken bij steuntransacties vergelijkbaar met die welke gemaakt moeten worden bij winstuitkeringen, inkoop van aandelen en kapitaal-

36 Reactie NautaDutilh, 1 juni 2006, p. 15, paragraaf iv, <[www.justitie.nl/bvrecht](http://www.justitie.nl/bvrecht)>.

37 Zie ook het door de Expertgroep voorgestelde art. 207c lid 3 BW, Rapport van de expertgroep ingesteld door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken, 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Den Haag, 6 mei 2004, p. 86.

38 Reactie DLA SchutGrosheide, 6 juni 2006, p. 2, paragraaf 11, <[www.justitie.nl/bvrecht](http://www.justitie.nl/bvrecht)>.

39 De bestuurder die met zijn handelen het doel van de vennootschap overschrijdt, vervult in beginsel zijn taak niet behoorlijk, hetgeen op grond van art. 2:9 BW tot aansprakelijkheid jegens de vennootschap kan leiden (Zie onder meer C. Asser, Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap, tweede druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr: 59 (Asser-Maeijer, 2-III (2000)).

40 MvT, p. 84.



vermindering. Echter, de wegen waarlangs bestuurders na aanvaarding van het wetsvoorstel aansprakelijk kunnen worden gesteld worden nu verschillend. In het geval van betwiste winstuitkeringen, inkoop van aandelen en kapitaalvermindering zijn de specifieke aansprakelijkheidsregels zoals neergelegd in art. 2:216 BW bepalend, terwijl men in het geval van steuntransacties dient terug te vallen op de algemene regels voor bestuurs-handelen, zoals art. 2:9, 2:248, 2:256 en 6:162 BW<sup>41</sup>. Wij bespreken deze regels hierna afzonderlijk. Vervolgens komt de vraag aan de orde in hoeverre de regels van art. 2:216 lid 2-4 BW als *lex specialis* moeten worden aangemerkt ten opzichte van de huidige aansprakelijkheidsregels als neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en de bestaande jurisprudentie, dan wel – wenselijk of niet – een reflexwerking kunnen hebben.<sup>42</sup>

### Artikel 2:216 lid 1-4 BW

Art. 2:216 lid 1-4 BW biedt de (nieuwe) basis waarop bestuurders en (in mindere mate) aandeelhouders<sup>43</sup> op grond van art. 2:207, 2:208 and 2:216 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld. De leden 1 tot en met 4 houden kort gezegd in dat het bestuur zijn instemming aan een transactie dient te onthouden, indien (i) het eigen vermogen verminderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden negatief is, of door de ‘uitkering’ negatief zou worden, of (ii) voor zover het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering haar opeisbare schulden niet zal kunnen betalen. Tevens zal iedere bestuurder hoofdelijk verbonden zijn voor het bedrag van de uitkering met wettelijke rente, indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap niet aan dit liquiditeitsvereiste kon voldoen<sup>44</sup>, tenzij die bestuurder bewijst dat hem geen verwijt treft. Ook aandeelhouders zijn verplicht om – in geval van een faillissement dat binnen een jaar op de uitkering volgt en indien zij wisten of hadden kunnen voorzien dat de vennootschap niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden – het verkregen bedrag inclusief rente aan de vennootschap terug te betalen.

41 Zie ook de Reactie van Loyens en Loeff, 12 juni 2006, p. 6/12, par. 2.17, waarin wordt aangegeven dat de specifieke aansprakelijkheidsbepalingen voor bestuurders niet noodzakelijk zijn, omdat de bestaande wetbepalingen reeds tot aansprakelijkheid van bestuurders kunnen leiden; zie tevens de Reactie van de Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2 juni 2006, hoofdstuk B, par. 5, waarin wordt geconstateerd dat reeds onder het huidige recht aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders kan ontstaan.

42 Anders mr. D.A. Viëtor. ‘De persoonlijke aansprakelijkheid en doeloverschrijding bij het verlenen van financiële steun’, *Ondernemingsrecht* 2007, 144.

43 En mogelijk ook commissarissen via de weg van art. 2:259 BW.

44 Art. 2:216 lid 3 BW.

Medebeleidsbepalers worden op de voet van het voorgestelde nieuwe art. 2:216 lid 4 BW met bestuurders gelijkgesteld.

## Algemene regels van bestuurshandelen

### Onbehoorlijk bestuur

Art. 2:9 BW leidt tot interne (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de bestuurders in het geval van een onmiskenbare tekortkoming die plaatsvindt in de vervulling van de aan hen opgedragen taak<sup>45</sup>, zoals die is neergelegd in de eerste zin van dit artikel, waarbij sprake is van ernstige verwijtbaarheid.<sup>46</sup> Beoordeling hiervan<sup>47</sup> geschiedt aan de hand van de omstandigheden van het geval.<sup>48</sup> Naast de interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de bv op grond van art. 2:9 BW bestaat er ook een risico om in faillissements-situaties door de curator aansprakelijk te worden gesteld op grond van art. 2:248 BW.<sup>49</sup> Het is niet uit te sluiten dat ook een handeling van het bestuur die ertoe heeft geleid dat de vennootschap niet meer aan haar opeisbare schulden kan voldoen als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt.

### Onrechtmatige daad

Behalve tegenover de vennootschap kan een bestuurder tevens aansprakelijk zijn tegenover derden op grond van onrechtmatige daad (externe aansprakelijkheid).<sup>50</sup> In het Beklamel-arrest<sup>51</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bestuurder die namens de bv een overeenkomst aangaat, terwijl hij weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat (i) de bv deze niet of niet binnen een redelijke termijn kan nakomen en (ii) geen verhaal biedt voor de schade die de crediteur ten gevolge van deze wanprestatie zal lijden, in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hij in het maatschappelijk verkeer jegens de desbetreffende crediteur in acht dient te nemen. De bestuurder pleegt in een dergelijk geval een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en

45 MvA II, Parl. Gesch. Inv W2, p. 1088.

46 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven). HR 11 juni 1999, NJ 1999, 586.

47 En zulks ter beoordeling van de algemene vergadering van aandeelhouders, Raaijmakers, Pitlo, Deel 2, Ondernemingsrecht nr. 3.9, Kluwer: Deventer 2006, p. 277.

48 Vgl. HR 14 oktober 2005, JOR 2006, 61 (Ontvanger/Van Burgerer), HR 4 december 1992, NJ, 271 (Mast Holding) en HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

49 De aard van actie is niet zuiver extern, noch zuiver intern, Raaijmakers, Pitlo, Deel 2, Ondernemingsrecht nr. 3.9, Kluwer: Deventer 2006, p. 291.

50 C. Asser, 'Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap', tweede druk, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 323, p. 438 (Asser-Maeijer, 2-III (2000)).

51 HR 6 oktober 1989, RvdW 1989, 217 (Beklamel).

is persoonlijk aansprakelijk voor de schade die de vennootschapscrediteur hierdoor lijdt. In zekere zin vormt lid 2 van art. 2:216 BW een codificatie van de hiervoor beschreven Beklamel-norm (zij het dat deze norm slechts ziet op toekomstige crediteuren en art. 2:216 lid 2 BW daartoe niet beperkt lijkt te zijn). Het voorgestelde art. 2:216 lid 2 BW lijkt wat dat betreft de crediteuren in het algemeen meer bescherming te bieden.

In het Nimox-arrest<sup>52</sup> heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat, indien een enig aandeelhouder ten tijde van het besluit tot uitkering van dividend, waardoor praktisch alle reserves van de bv verdwenen, ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort, het desondanks nemen van een dergelijk besluit onrechtmatig handelen van de aandeelhouder jegens de crediteuren van de bv kan opleveren. Het lijkt erop dat de in dit arrest geformuleerde rechtsregel nu is uitgewerkt in het voorgestelde art. 2:216 lid 3 BW, met dien verstande dat voor een dergelijk handelen *de bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden jegens de vennootschap*. Met andere woorden, bestuurders zijn aansprakelijk indien zij overgaan tot instemming met een bestemmingsbesluit van de algemene vergadering dat strekt tot uitkering, terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.<sup>53</sup> Bestuurders zijn jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het bedrag of de waarde van de uitkering met de wettelijke rente vanaf die uitkering. Lid 3 bepaalt dat indien de vennootschap binnen een jaar na uitkering failliet gaat, naast bestuurders ook een terugbetalingsplicht jegens de vennootschap geldt voor degenen die de uitkering ontvingen, terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Deze plicht houdt in dat het uitgekeerde bedrag, inclusief wettelijk rente, door de ontvanger van de uitkering moet worden terugbetaald. Gaat de vennootschap niet binnen een jaar (maar bijvoorbeeld binnen twee jaar) na het doen van de uitkering failliet, dan lijkt uit de tekst van lid 3 te volgen dat het risico te worden aangesproken voor de aandeelhouders vervalt. De vennootschap kan zich echter nog wel beroepen op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders, aangezien in dat verband de termijn van één jaar niet van toepassing is. Al met al wordt de aansprakelijkheid voor de bestuurders ten opzichte van de in het Nimox-arrest geformuleerde regel met de invoering van het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW verzwaaard.<sup>54</sup>

52 HR 8 november 1991, RvdW 1991/249 (Nimox).

53 MvT, p. 92.

54 Zie verder B. Verkerk, 'Aansprakelijkheid in verband met uitkeringen in het vereenvoudigde BV-recht', O&F 2007, p. 43.

## Artikel 2:216 BW versus algemene (aansprakelijkheids) regels voor bestuurshandelen

Hoewel de codificatie van de aangehaalde jurisprudentie de rechtszekerheid ten goede komt, wordt de beoogde vereenvoudiging van het kapitaalbeschermingsrecht niet bereikt. De in art. 2:216 BW neergelegde aansprakelijkheidsregels zullen slechts van toepassing zijn op rechtshandelingen in het kader van winstuitkeringen, en – door verwijzing – op inkoop van aandelen en kapitaalvermindering. Voor rechtshandelingen verricht in het kader van steuntransacties valt men terug op de algemene regels van bestuurshandelen. Zowel bestuurders, aandeelhouders als hun adviseurs zullen zich moeten realiseren dat er straks verschillende wegen kunnen worden bewandeld om vast te stellen of een rechtshandeling ten aanzien van bovengenoemde transacties aansprakelijkheid met zich mee kan brengen.

Het wetsvoorstel creëert dus ten aanzien van het aansprakelijkheidsvraagstuk een discrepantie tussen enerzijds art. 2:207, 2:208 en 2:216 BW en anderzijds het huidige art. 2:207c BW. Het lijkt erop dat men wat betreft de aansprakelijkheidsregels betreffende art. 2:207, 2:208 en 2:216 BW (hoofdzakelijk) dient terug te vallen op art. 2:216 leden 1-4 BW, terwijl men voor steuntransacties op de hiervoor aangehaalde algemene (aansprakelijkheids)regels voor bestuurshandelen terugvalt. In beide gevallen ontstaat echter een verzwaring van aansprakelijkheid van bestuurders. Wat art. 2:207, 2:208 en 2:216 BW betreft vloeit dit rechtstreeks voort uit de voorgestelde wettekst. Wat betreft art. 2:207c BW lijkt er aanvankelijk een verlichting voort te vloeien, nu bestuurders niet meer in strijd met een wetsartikel kunnen handelen, omdat het wetsartikel eenvoudigweg niet meer bestaat. Echter, de verzwaring vloeit voort uit het feit dat het bestuur aan zijn lot overgelaten wordt en zelf moet beoordelen of een transactie al dan niet geoorloofd is op basis van de algemene regels voor bestuurshandelen. Voor steuntransacties wordt voorts geen handvat geboden bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde transactie door de vennootschap kan worden aangegaan. Dit gebeurt wel in art. 2:216 BW door middel van de daarin voorgestelde liquiditeitstest. Een zorgvuldige, verantwoorde en gedocumenteerde risico-inschatting en belangenweging door de bestuurders zal worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn handelen. Vooral in concernverhoudingen, waarbij een dominante moeder in het spel is, zal de ruimte om een zelfstandige belangenafweging te maken beperkt zijn, met alle consequenties van dien. Ook bestaat de kans dat een bestuurder gezien het toegenomen risico van aansprakelijkheid terughoudender zal zijn bij de beoordeling of

een bepaalde transactie als zijnde in het belang van de vennootschap kan worden aangemerkt. Wij vrezen dat deze ontwikkeling de slagvaardigheid van bestuurshandelen en daarmee het vestigingsklimaat in ons land niet ten goede komt.

## Conclusie

Op dit moment zijn er objectieve – concrete – criteria in de wet neergelegd aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een bepaalde steunverleningstransactie al dan niet is toegestaan. De wetgever komt met de afschaffing van het steunverbod de financieringspraktijk tegemoet, in de zin dat het juristen een hoop werk bespaart en de vennootschap grote kosten om constructies te bedenken die niet onder het steunverbod vallen. Tevens verdwijnt het risico dat een rechtshandeling nietig dan wel vernietigbaar wordt geacht, doordat de wettelijke regeling ten aanzien van de beoordeling van de goorloofdheid van een steuntransactie wegvalt. Met het vervallen van art. 2:207c BW lijken veel problemen opgelost te zijn. Toch zullen de bestuurders ook in de toekomst geacht worden een afweging te maken of een steuntransactie goorloofd is, althans binnen het doel van de vennootschap valt en in het belang van de vennootschap geacht kan worden te zijn.<sup>55</sup> Op het moment dat dit niet het geval blijkt te zijn geweest, lopen bestuurders het risico aansprakelijk te worden gesteld op grond van de algemene regels voor bestuurshandelen. We hebben gezien dat deze regels weer enigszins verschillen van de nieuwe regels zoals neergelegd in art. 2:216 BW. Wij verwachten dat dit opnieuw zal leiden tot hoofdbreken bij zowel juristen als accountants. In plaats van het bedenken van structuren ter omzeiling van het huidige verbod zal een bestuurder bij twijfel eerder de hulp van een externe adviseur inroepen om te voorkomen dat hij op een van voornoemde gronden aansprakelijk wordt gehouden.

Het is onzes inziens daarom waarschijnlijk dat een bestuurder gezien het toegenomen risico van aansprakelijkheid terughoudender zal worden bij de beoordeling of een bepaalde transactie kan worden aangemerkt als zijnde in het belang van de vennootschap of niet. Dit is met name het geval nu er ook geen richtlijnen zijn gegeven die enig houvast kunnen bieden anders dan de algemene regels van bestuurshandelen waar men volgens het wetsvoorstel op terug dient te vallen. Naar onze mening brengt de beoordeling of steunverlening goorloofd is een dusdanig ingewikkelde afweging binnen het bestuur met zich mee, dat de algemene aansprakelijkheidsbepalingen ontoereikend zijn als enige toets. Wij pleiten daarom voor een aanpassing van het wetsvoorstel, waarbij de wetgever duidelijkheid creëert voor

<sup>55</sup> Zie noot 39.

het bestuur door alle steunhandelingen in een vernieuwd art. 2:207c BW toe te staan, met dien verstande dat in dit artikel een verwijzing wordt opgenomen naar het eveneens vernieuwde art. 2:216 BW. Zodoende wordt het bestuur gedwongen de steunhandelingen steeds te onderwerpen aan de daarin neergelegde toets.

De praktijk zal moeten leren of de voorgestelde 'flexibilisering' opweegt tegen de zwaardere verantwoordelijkheid die op de bestuurders komt te rusten. Deze verantwoordelijkheid is toegenomen doordat de wetgever de onduidelijkheid die ten aanzien van het steunverbod bestond, ondanks de afschaffing van art. 2:207c BW, via de achterdeur weer heeft binnengehaald.