

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met het verdwijnen van de BV-Nachgründungsregeling

Inleiding

Het voorstel tot de 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' is op 31 mei 2007 bij de Tweede Kamer ingediend.¹ Met dit wetsvoorstel is een project gestart dat in de praktijk zou moeten leiden tot veel voordelen voor het bedrijfsleven. Het wetsvoorstel beoogt een einde te maken aan de 'onnodig' belemmerende wettelijke regelingen en zou moeten leiden tot een vermindering van de administratieve lasten.

Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel ziet op het vermogen van de besloten vennootschap en de bescherming van schuldeisers. Vergeleken met de thans geldende wetgeving nemen de kapitaalsbeschermingsregels af, maar neemt de verantwoordelijkheid van bestuurders toe om het vermogen van de vennootschap te beschermen tegen eventuele aantasting daarvan. Aan deze verantwoordelijkheid wordt onder bepaalde omstandigheden aansprakelijkheid verbonden. De Vaste Commissie voor Justitie heeft op 31 oktober 2007 verslag uitgebracht met betrekking tot het wetsvoorstel. Hierin wordt onder meer de vraag gesteld wat de risico's zijn van de voorgestelde aanpassing van artikel 2:204a BW en het schrappen van artikel 2:204c BW, de Nachgründungsregeling. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of onder de voorgestelde regeling de wijziging van artikel 2:204a BW en het verdwijnen van de Nachgründung nieuwe risico's voor bestuurders met zich brengen, waardoor de aansprakelijkheid van bestuurders wordt verzwaaard.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst de wets-systematiek van artikel 2:204a en artikel 2:204c BW besproken. Daarna zal worden ingegaan op de wijzigingen die onder het nieuwe BV-recht plaatsvinden, om vervolgens de gevolgen voor de bestuurdersaansprakelijkheid uiteen te zetten. Tot slot wordt de wijziging van de Nachgründungsregeling voor de naamloze vennootschap kort behandeld.

Wetsystematiek

Artikel 2:204a BW omschrijft de dwingendrechtelijke procedurevoorschriften voor een inbreng in natura bij oprichting van de besloten vennootschap. Indien bij oprichting inbreng op aandelen anders dan in geld wordt overeengekomen, maken de oprichters een beschrijving op van hetgeen wordt ingebracht op de aandelen. Over deze beschrijving moet een accountant een verklaring afleggen, inhoudende dat de waarde van het ingebrachte goed ten minste belooft het bedrag van de stortingsplicht waaraan met de inbreng moet worden voldaan. Met deze verplichte proce-

1. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2, Wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht.

de wetgever onder het huidige BV-recht het kapitaal van de besloten vennootschap te beschermen.

Indien een oprichter de door hem genomen aandelen bij oprichting in geld volstort, en vervolgens na oprichting een onzakelijke transactie met de vennootschap aangaat waardoor het vermogen van de vennootschap wordt aangetast, kan dit worden gezien als een 'ontduiking' van de verplichte inbrengbepalingen van artikel 2:204a BW. Om deze al te gemakkelijke ontduiking te voorkomen is de Nachgründungsregeling in de huidige wet opgenomen.

Een rechtshandeling die een vennootschap verricht onder het huidige recht is aan de Nachgründungsregeling onderworpen, indien de rechtshandeling (1) strekt tot het verkrijgen van goederen, met inbegrip van vorderingen die worden verrekend, die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan een oprichter of aandeelhouder, en (2) is verricht voordat twee jaren zijn verstreken na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister. Een mogelijke uitzondering, zoals een inbreng op aandelen zonder dat nieuwe aandelen worden uitgegeven, wordt hier buiten beschouwing gelaten.

De rechtshandeling die onder de bepaling van artikel 2:204c BW valt, moet worden goedgekeurd door de algemene vergadering van aandeelhouders. Voorts is een accountantsverklaring vereist die erop ziet dat de waarde van de te verkrijgen goederen overeenkomt met ten minste de waarde van de tegenprestatie. De accountantsverklaring wordt afgelegd over een beschrijving die het bestuur opmaakt van hetgeen wordt ingebracht en de tegenprestatie van de te verkrijgen goederen. Indien de vereisten zoals genoemd in artikel 2:204c BW niet in acht worden genomen, kan een curator of de vennootschap de rechtshandeling op grond van de Nachgründungsregeling vernietigen ten behoeve van de vennootschap indien de rechtshandeling is aangegaan in de eerste twee jaar na inschrijving van de vennootschap bij het handelsregister.

Overigens kan van de formaliteiten genoemd in artikel 2:204a en 2:204c BW onder bepaalde omstandigheden worden afgeweken. Dit blijkt uit artikel 2:204a lid 3 en artikel 2:204c lid 7 BW. Deze mogelijke vrijstelling wordt echter niet besproken aangezien dit buiten de strekking van deze bijdrage gaat.

Flexibilisering BV-recht

Een van de nadelen van de huidige voorschriften van inbreng in natura op aandelen is volgens de Expertgroep vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, dat de waarde van de vereiste accountantsverklaring onder artikel 2:204a en artikel 2:204c BW slechts beperkt is.² De accountant legt een verklaring af over de door het bestuur opgestelde beschrijving, waarbij de accountant niet steeds over de vereiste deskundigheid zal beschikken ten aanzien

van de te waarden goederen. Voorts wordt de Nachgründungsregeling in de praktijk gezien als een regeling die niet goed werkbaar is en tot een onnodige belasting van het bedrijfsleven leidt.³

In het wetsvoorstel over de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht wordt voor inbreng op aandelen anders dan in geld niet langer een accountantsverklaring voorgeschreven. De voorgestelde regeling bevat wel enige specifieke regels ten aanzien van de waardering van inbreng in natura, waaronder de beschrijving van hetgeen wordt ingebracht en de daaraan toegekende waarde. Aan de hand van deze (soepelere) inbrengbepaling zal moeten worden aangetoond dat de nominale waarde van de aandelen is volgestort. Indien blijkt dat de waarde van inbreng lager is dan het bedrag van de stortingsplicht, is de aandeelhouder jegens de vennootschap gehouden om het waardeverschil onverwijld ten titel van storting in geld te voldoen.

Voorts wordt onder het nieuwe BV-recht artikel 2:204c BW geschrapt. Het schrappen van de Nachgründungsregeling past bij de versoepeling van formele regelgeving van de BV. Door het schrappen van artikel 2:204c BW is er bewust voor gekozen bij het 'ontduiken' van de voorschriften, zoals beschreven in het nieuwe artikel 2:204a BW, direct terug te vallen op de algemene regels van bestuurshandelen en de daarbij horende aansprakelijkheid.⁴

Bestuurdersaansprakelijkheid

Over het algemeen wordt aangenomen dat indien de voorschriften van artikel 2:204c BW onder het huidige recht worden nageleefd, een bestuurder niet snel aansprakelijk zal zijn voor een transactie met de oprichter of aandeelhouder binnen twee jaar na inschrijving van de vennootschap in het handelsregister. In zoverre zal het risico van aansprakelijkheid van het bestuur onder het nieuwe recht mogelijk wel toenemen, omdat de verplichte inbrengcontrole verdwijnt en het bestuur zich niet meer kan 'verschillen' achter de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders en de accountantsverklaring.

Het is echter de vraag of bestuurders door het verdwijnen van de verplichte inbrengcontrole en de Nachgründungsregeling onder het nieuwe recht te maken krijgen met een 'nieuwe' grond voor bestuurdersaansprakelijkheid. Een aansprakelijkheidsactie jegens bestuurders kan immers onder het huidige recht reeds worden ingesteld, onder meer indien:

1. de voorschriften omtrent de inbrengcontrole van artikel 2:204c BW worden nageleefd, maar hierbij een onjuiste beschrijving door het bestuur wordt opgesteld;

3. Memorie van toelichting ambtelijk voorontwerp, 'Wijzigingen boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid' (Derde tranche: kapitaal en schuldeisersbescherming), p. 3.

4. Zie ook D.A. Viëtor, *Persoonlijke aansprakelijkheid en doeloverschrijding bij het verlenen van financiële steun*, Ondernemingsrecht 2007, p. 144.

2. Rapport Expertgroep vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht onder leiding van prof. mr. H.J. de Kluiver, op 6 mei 2004, p. 91.

2. een onzakelijke transactie wordt aangegaan waarbij de voorschriften van artikel 2:204c BW niet worden nageleefd, maar een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 2:204c BW niet tot voldoende verhaal leidt.

Op deze tweede aansprakelijkheidsactie, die ziet op het ontduiken van artikel 2:204a BW, wordt in deze bijdrage ingegaan. De mogelijke aansprakelijkheid ziet op een transactie van de vennootschap met een oprichter of aandeelhouder die zo wordt vormgegeven dat hetgeen de aandeelhouder beoogt in te brengen in de vennootschap, niet bij oprichting, maar direct daarna wordt ingebracht. Valt deze rechtshandeling onder artikel 2:204c BW, dan zal een bestuurder onder het huidige recht in beginsel pas aansprakelijk zijn indien (1) de voorschriften van artikel 2:204c BW niet zijn nageleefd, en (2) schade ontstaat.

Onder het nieuwe recht wordt de inbrengbepaling van artikel 2:204a BW gehandhaafd, maar worden de voorschriften minder streng. Dit neemt niet weg dat de inbrengbepaling van artikel 2:204a BW ook onder het nieuwe recht kan worden ontdoken door overeen te komen dat bij oprichting aandelen in geld worden volgestort om vervolgens een onzakelijke transactie met de aandeelhouder aan te gaan waarbij het vermogen van de vennootschap wordt uitgehold. Zowel schuldeisers als de vennootschap kunnen hierdoor worden benadeeld, waardoor schade ontstaat.

Hierna volgt een overzicht van de gronden waarop het bestuur zowel onder het huidige recht als onder het nieuwe flexibele BV-recht aansprakelijk kan zijn voor het aangaan van een onzakelijke rechtshandeling met een oprichter of aandeelhouder van de vennootschap en waarbij de regelgeving van artikel 2:204a BW wordt ontlopen.

Artikel 2:9 BW

Een bestuurder die na oprichting van de vennootschap een onzakelijke transactie aangaat met haar oprichter of aandeelhouder waarbij artikel 2:204a BW wordt ontgaan, zou allereerst aansprakelijk kunnen zijn op grond van artikel 2:9 BW. Op grond van artikel 2:9 BW is iedere bestuurder verplicht tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze wetsbepaling wordt gezien als een bevestiging en uitwerking van de verantwoordelijkheid waartoe iedere bestuurder jegens de vennootschap kan worden gehouden.⁵ Aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW leidt in beginsel tot (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor iedere bestuurder.

Een vordering op de voet van artikel 2:9 BW kan slagen indien wordt aangetoond dat de bestuurder (1) toerekenbaar tekort is gekomen bij het vervullen van de bestuurstaak, en (2) voor het tekortkomen bij het vervullen van zijn taak een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt.

5. Zie ook Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 321.

Het criterium 'ernstig verwijt' wordt getoetst aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft bepaald dat rekening kan worden gehouden met de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover bestuurders beschikten of behoorden te beschikken, en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁶

Door de grote beleidsvrijheid die het bestuur heeft bij het vervullen van zijn bestuurstaak, zal van ernstige verwijtbaarheid bij onbehoorlijke taakvervulling pas sprake zijn indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden hetzelfde zou hebben gehandeld.⁷

In het Berghuizer Papierfabriek-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat het handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid wordt aangemerkt, die in beginsel aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW van de bestuurder vestigt.⁸ In de literatuur wordt betoogd dat dit ook geldt bij handelen in strijd met wettelijke bepalingen die strekken tot de bescherming van de rechtspersoon.⁹

Het overtreden van artikel 2:204c BW zal mede naar analogie van het Berghuizer Papierfabriek-arrest en voornoemde literatuur in beginsel worden gezien als een toerekenbare tekortkoming waarvoor het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In zoverre zal het niet naleven van artikel 2:204c BW bij het aangaan van een onzakelijke transactie met een oprichter of aandeelhouder onder het huidige recht kunnen leiden tot vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW.

Indien een bestuurder onder het nieuwe recht een rechtshandeling aangaat waarbij de voorschriften van artikel 2:204a BW worden ontdoken, zal slechts het criterium en de zorgvuldigheid die het huidige artikel 2:204c BW meebrengt, de vennootschap of de curator aanknopingspunten kunnen geven om te stellen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders. Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW lijkt hierdoor onder het nieuwe recht minder snel te kunnen worden aangetoond, aangezien door het omzeilen van het nieuwe artikel 2:204a BW geen wettelijk voorschrift wordt geschonden. Onder het nieuwe recht moet worden aangetoond dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden hetzelfde zou

6. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

7. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer: Kluwer 1998, p. 68.

8. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek N.V.).

9. B.F. Assink, Enige gedachten omtrent interne bestuurdersaansprakelijkheid, Voert de Hoge Raad met zijn enquêterechtelijke Laurusbeschikking een koerswijziging door in het leerstuk van art. 2:9 BW? Ondernemingsrecht 2005, p. 141.

hebben gehandeld, en moet de bestuurder door het ontgaan van artikel 2:204a BW een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Dit zal minder snel kunnen worden aangetoond dan bestuurdersaansprakelijkheid in de situatie waarin artikel 2:204c BW niet wordt nageleefd.

Artikel 2:248 BW

Een tweede mogelijkheid om het bestuur van de vennootschap aan te spreken voor het aangaan van een onzakelijke transactie met een oprichter of aandeelhouder en het omzeilen van artikel 2:204a BW, bestaat op grond van artikel 2:248 BW, in geval van faillissement. Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW ontstaat indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In geval van aansprakelijkheid is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, tenzij een bestuurder zich individueel kan disculperen.

Een faillissementscurator zal voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:248 BW moeten aantonen dat het bestuur zijn taak 'kennelijk' onbehoorlijk heeft vervuld. In de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 BW staat omschreven:

' (...) dat er aanleiding bestaat om door toevoeging van het woord "kennelijk" volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijke karakter van het handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat er in geval van twijfel (de "grijze zone") geen aansprakelijkheid ontstaat'.¹⁰

Uit artikel 2:248 lid 2 BW blijkt dat de taak van het bestuur in ieder geval kennelijk onbehoorlijk is vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieplicht (art. 2:10 BW) of de plicht de jaarrekening tijdig te publiceren (art. 2:394 BW).

Het criterium 'kennelijk onbehoorlijk besturen' als bedoeld in artikel 2:248 BW en het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen' in de zin van artikel 2:9 BW lijken in de praktijk niet veel van elkaar te verschillen. Echter, met name op grond van de wetsgeschiedenis van artikel 2:248 BW is verdedigbaar dat dit artikel een strikter toepassingsgebied kent dan artikel 2:9 BW, omdat voor kennelijk onbehoorlijk bestuur is vereist de objectief te bepalen wetenschap dat schuldeisers daardoor benadeeld (kunnen) worden.

Voor 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement', zal moeten worden aangetoond dat (1) het bestuur onverantwoord heeft

gehandeld met de objectief te bepalen wetenschap dat het handelen tot vergaande financiële consequenties kan leiden, en (2) dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹¹ Doordat het ontduiken of niet naleven van de voorschriften voor inbreng in natura niet altijd zal leiden tot een aantasting van het vermogen van een vennootschap, zal dit niet steeds worden gezien als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Heeft echter het niet naleven van artikel 2:204c BW of het ontduiken van artikel 2:204a BW geleid tot een dusdanige onderfinanciering van de vennootschap waardoor deze faillieert, dan kan mogelijk worden aangetoond dat het onbehoorlijk bestuur tot een faillissement heeft geleid. Dit is met name aannemelijk indien de vennootschap betrekkelijk snel nadat de voorschriften van artikel 2:204c BW niet zijn nageleefd of artikel 2:204a BW is omzeild, faillieert en er geen belangrijke externe oorzaak is aan te wijzen.

De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW zal echter, net als bij artikel 2:9 BW, vermoedelijk minder snel kunnen worden gevestigd onder het nieuwe recht, aangezien aansprakelijkheid onder het nieuwe recht niet kan worden gebaseerd op het handelen in strijd met een wettelijk voorschrift.

Artikel 6:162 BW

Voorts is het mogelijk dat het bestuur, door het aangaan van een onzakelijke transactie met een oprichter of aandeelhouder waarbij de voorschriften van artikel 2:204a BW worden omzeild, onrechtmatig handelt tegenover derden (zoals crediteuren) van de vennootschap. Een crediteur kan worden benadeeld indien door het aangaan van de transactie met de oprichter of aandeelhouder zijn schuld niet meer kan worden afgelost door de vennootschap. Een crediteur kan vervolgens op grond van artikel 6:162 BW het bestuur aansprakelijk houden voor de schade die door het bestuurshandelen is ontstaan.

Voor aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW dient te worden voldaan aan een vijftal vereisten, te weten: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen de daad en de schade en relativiteit. De wet onderscheidt verder drie handelingen die een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW opleveren:

1. een inbreuk op een recht;
2. een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht;
3. een doen of nalaten in strijd met de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt.

Geldt een gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de vennootschap, dan zal in beginsel de vennootschap aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daad.¹² Het is ook mogelijk dat een bestuurder persoonlijk een onrechtmatige daad tegenover de schuldeiser pleegt. Dit

10. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 4.

11. Zie Asser/Maeijer, nr. 328.

12. HR 6 april 1979, 1980, 34 (Kleuterschool Babel).

wordt met name gesteld in situaties waarin de bestuurder namens de vennootschap transacties is aangegaan en de vennootschap deze vervolgens niet kan nakomen.

Dat aan persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder niet snel wordt toegekomen, kan worden afgeleid uit de norm die werd geformuleerd door de Hoge Raad in het Beklamel-arrest.¹³ In dit arrest werd bepaald dat een bestuurder in beginsel slechts persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor de schade die ontstaat door het niet nakomen door de vennootschap van haar verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst, waarvan de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap deze verplichtingen niet (of niet binnen een redelijke termijn) na zou kunnen komen en bovendien geen verhaal zou bieden bij schade.

Uit het voorgaande vloeit voort dat aansprakelijkheid kan ontstaan door het aangaan van een onzakelijke transactie waarbij artikel 2:204a BW wordt ontgaan en betaling van crediteuren wordt verhinderd waardoor schade ontstaat. De schade zal moeten worden toegerekend aan het niet naleven van artikel 2:204c BW of het ontduiken van artikel 2:204a BW. De geschonden norm moet verder strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde deze heeft geleden.

Onder het huidige recht kan een rechtshandeling waarbij de wettelijk voorgeschreven vereisten van artikel 2:204c BW niet worden nageleefd, ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd. Dit neemt echter niet weg dat de kapitaalbeschermingsregel van artikel 2:204c BW mede ziet op de bescherming van het vermogen van de vennootschap ten behoeve van crediteuren. Dit betekent dat het overtreden van deze norm een onrechtmatige daad ten opzichte van crediteuren kan opleveren indien door het aangaan van de onzakelijke transactie met de aandeelhouder schade ontstaat voor crediteuren.

Ook onder het nieuwe recht is artikel 2:204a BW onder meer ter bescherming van derden in de wet opgenomen. Het ontgaan van dit artikel zal hierdoor eveneens een onrechtmatige daad tegenover de crediteuren kunnen opleveren indien schade wordt veroorzaakt. Zowel onder het huidige als onder het nieuwe recht wordt dus aan het relativiteitsvereiste voldaan.

Wordt artikel 2:204c BW onder het nieuwe recht geschrapt, dan verdwijnt de concrete wettelijke norm die het ontgaan van artikel 2:204a BW tegengaat. Indien het bestuur onder het nieuwe recht onzorgvuldig handelt door een onzakelijke overeenkomst met een oprichter of aandeelhouder te sluiten waarbij de voorschriften van artikel 2:204a BW worden ontgaan, zal een crediteur hierdoor minder snel aan kunnen tonen dat het bestuur onrechtmatig heeft gehandeld.

13. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel).

Wetsvoorstel tot uitvoering van Richtlijn 2006/68/EG

Op 27 mei 2008 is het wetsvoorstel tot versoepeling van het kapitaalbeschermingsregime van de naamloze vennootschap door de Eerste Kamer aangenomen.¹⁴ In tegenstelling tot de flexibele BV-wetgeving moet het kapitaal van de naamloze vennootschap voldoende waarborg blijven bieden voor schuldeisers.¹⁵

Daar waar de BV-Nachgründungsregeling wordt geschrapt, wordt de Nachgründungsregeling voor de naamloze vennootschap, artikel 2:94c BW, slechts gewijzigd. Door deze wijziging vervalt de verplichte inbrengcontrole voor een inbreng op aandelen van een naamloze vennootschap voor:

1. effecten of geldmarktinstrumenten;
2. reeds door een onafhankelijke deskundige gewaardeerde vermogensbestanddelen;
3. vermogensbestanddelen met een uit een recente jaarrekening af te leiden waarde.

Vernietiging op grond van artikel 2:94c BW kan hierdoor niet meer worden ingeroepen indien een accountantsverklaring ontbreekt bij de inbreng op aandelen van een van deze vermogensbestanddelen.

De verantwoordelijkheid van het bestuur zal voor het verrichten van de vrijgestelde rechtshandelingen bij of na oprichting hierdoor slechts toenemen, indien het bestuur wist of behoorde te weten dat waardering door de deskundige of de recente jaarrekening een onjuiste weergave zou geven van de werkelijkheid. Doet deze omstandigheid zich voor, dan kan het bestuur worden verweten dat het ernstig tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak en/of onrechtmatig heeft gehandeld tegenover derden. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 en 2:248 BW en artikel 6:162 BW kan aan de hand hiervan mogelijk worden gevestigd.

Slot

De vraag die aan het begin van deze bijdrage werd gesteld, is of het verdwijnen van de Nachgründungsregeling voor de besloten vennootschap nieuwe aansprakelijkheidsrisico's meebrengt voor bestuurders van de flexibele BV, waardoor de bestuurdersaansprakelijkheid wordt verzwaard.

De curator of de vennootschap die ageert tegen een onzakelijke transactie waarbij de dwingende voorschriften van artikel 2:204c BW niet worden nageleefd, heeft onder het huidige recht de keuze (1) de rechtshandeling te vernietigen ex artikel 2:204c BW, en/of (2) een aansprakelijkheidsactie in

14. Wetsvoorstel tot uitvoering van Richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 september 2006 (PbEU L 264) tot wijziging van richtlijn 77/91/EEG betreffende de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding en wijziging van hun kapitaal (31 220).

15. Zie ook J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het NV-kapitaalbeschermingsrecht, Ondernemingsrecht 2008*, p. 3.

te stellen jegens de bestuurder op grond van artikel 2:9 BW, 2:248 BW of artikel 6:162 BW indien de vernietigingsgrond niet tot voldoende verhaal leidt.

Met de komst van het nieuwe recht vervalt de vernietigingsgrond die onder het huidige recht bestaat op grond van artikel 2:204c BW. Dit zal ertoe leiden dat eerder zal worden teruggevallen op de algemene regels van bestuurdersaansprakelijkheid indien schade ontstaat doordat artikel 2:204a BW wordt ontgaan.

Aangetoond is dat van 'nieuwe' aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders met het verdwijnen van de BV-Nachgründungsregeling in beginsel geen sprake zal zijn. Aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW, 2:248 BW of artikel 6:162 BW kan mogelijk zelfs minder snel worden aangetoond indien bestuurders rechtshandelingen aangaan waarbij onder het huidige recht artikel 2:204c BW niet zou worden nageleefd, aangezien de aansprakelijkheid voor het ontgaan van artikel 2:204a BW door het verdwijnen van de BV-Nachgründungsregeling niet meer op een concrete wettelijke norm kan worden gebaseerd.

Wordt echter verscherpte regelgeving voor uitkeringen aan aandeelhouders doorgevoerd in de nieuwe BV-wetgeving die van toepassing kan zijn op het ontgaan van artikel 2:204a BW, dan zou de verantwoordelijkheid van het bestuur eventueel wel dusdanig kunnen worden verzaamd, waardoor zich alsnog 'nieuwe' aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders kunnen ontwikkelen.

*Mr. A. Boekee
Loyens & Loeff*