

Aansprakelijkheid van bestuurders en accountants vanwege uitkeringen onder een flexibel BV-recht

mr. J. Barneveld*

1. Inleiding

Op 12 juni jongstleden heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel flex-BV aangenomen.¹ De nieuwe regeling voor de besloten vennootschap staat reeds in het *Staatsblad* en treedt op 1 oktober 2012 in werking.² Na de herziening zullen ondernemers over aanzienlijk meer vrijheid beschikken om de interne aangelegenheden van de BV naar eigen inzicht vorm te geven.³ Een meer fundamentele wijziging betreft de afschaffing van het systeem van kapitaalbescherming. Crediteuren van de BV ontfangen voortaan geen bescherming meer aan formele kapitaalregels, maar worden beschermd door open geformuleerde (aansprakelijkheids)normen, in het bijzonder ten aanzien van uitkeringen aan aandeelhouders. Over de uitkeringsregeling vervat in het nieuwe art. 2:216 BW is in de juridische literatuur en beide kamers van de Staten-Generaal lang getwist. Hierna wordt daarom ingegaan op de nieuwe regels inzake de financiering van de BV (par. 2) en de aansprakelijkheid van bestuurders vanwege uitkeringen door de flex-BV (par. 3). Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan een aantal punten dat in het recente debat in de Eerste Kamer is opgehelderd. Tot slot wordt aan de hand van recente jurisprudentie ingegaan op de mogelijke aansprakelijkheid van accountants vanwege hun betrokkenheid bij een dividenduitkering (par. 4).

2. De flex-BV: van kapitaal naar aansprakelijkheid

2.1 Soepelere kapitaalregels bij oprichting

Door de invoering van het nieuwe BV-recht zal het systeem van kapitaalbescherming voor de BV nagenoeg volledig worden ontmanteld. Op 34-jarige leeftijd verdwijnt het minimum-kapitaalvereiste uit de BV-regeling⁴; oprichting van een BV met een kapitaal van verwaarloosbare omvang is voortaan mogelijk. Het uitgangspunt dat aandeelhouders bij oprichting van de BV een minimale bijdrage dienen te leveren aan het risicodragend kapitaal, welke tijdens het bestaan van de vennootschap niet voor uitkering aan de aandeelhouders vatbaar is, wordt derhalve verlaten. Nu het kapitaal haar functie als waarborg voor schuldeisers heeft verloren, is ook een substantieel deel van de formele inbrengvereisten geschrapt, zoals de bankverklaring bij storting in geld, de accountantsverklaring bij inbreng in natura, de nachgründingsregeling, de verplichting om bij het nemen van een

aandeel ten minste een kwart van de nominale waarde te storten en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van bestuurders.⁵ Ook het in art. 2:207c BW vervatte financiële steunverbod keert in het nieuwe BV-recht niet meer terug.

2.2 Nieuwe uitkeringsregels

Daarnaast komt de thans op het nominale kapitaal rustende klem te vervallen: het kapitaal is voortaan voor uitkering aan aandeelhouders vatbaar. Sterker nog, bij afwezigheid van wettelijk of statutair voorgeschreven reserves, is uitkering bij of leidende tot een negatief eigen vermogen toegestaan. De crux van de crediteurenbescherming is onder het flexibele BV-recht gelegen in het gewijzigde art. 2:216 BW, dat bepaalt dat het bestuur van de vennootschap voortaan goedkeuring dient te verlenen aan een uitkeringsbesluit van de AVA en deze goedkeuring dient te onthouden indien het weet of behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet in staat zal zijn haar opeisbare verplichtingen te voldoen. Zonder een (al dan niet impliciet genomen) goedkeuringsbesluit van het bestuur, komt geen uitkering

* Jaap Barneveld is promovendus en docent aan de Universiteit van Amsterdam.

1. *Kamerstukken I 2009/10*, nr. A, *Stb.* 2012, 299 (vaststellingswet) en *Kamerstukken I 2011/12*, nr. A, *Stb.* 2012, 300 (invoeringswet).
2. *Stb.* 2012, 301.
3. Bijvoorbeeld door de introductie van aandelen zonder stemrecht, aandelen met variabel winstrecht, en de mogelijkheid om aandelen een bepaalde aanduiding met bijhorende rechten, bevoegdheden of verplichtingen te geven, door de vereenvoudiging van de besluitvorming buiten vergadering en door afschaffing van de verplichte blokkeringsregeling.
4. Het minimumkapitaal is ingevoerd door de Wet van 25 mei 1978, *Stb.* 1987, 269. *Kamerstukken II 1974/75*, 13 483.
5. Zie hierover uitgebreid de preadviezen van Bier: B. Bier, 'Het verleden, heden en de toekomst van de kapitaalbescherming', in: T.P. van Duuren & B. Bier, *De Vereenvoudigde BV (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht')*, Deventer: Kluwer 2006, p. 181-283 en B. Bier, 'Kapitaal en kapitaalbescherming', in: F.J. Oranje e.a., *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk. Preadvies KNB*, Sdu Uitgevers 2008, p. 169-281.

tot stand. Bestuurders die goedkeuring verlenen aan uitkeringen in strijd met genoemde 'uitkeringstoets', zijn ingevolge lid 3 van art. 2:216 BW jegens de vennootschap aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Aandeelhouders dienen op grond van hetzelfde lid het ontvangen dividend te restitueren, indien zij wisten of behoorden te weten dat de uitkering in strijd met de uitkeringswet geschiedde. De minister heeft aangegeven dat met de nieuwe regeling niet beoogd wordt de aansprakelijkheid van bestuurders uit te breiden, maar louter de huidige jurisprudentie te codificeren.⁶

3. Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege ongeoorloofde uitkeringen

3.1 De uitkeringstoets

In het recente debat met de Eerste Kamer heeft de minister een aantal elementen van de nieuwe uitkeringsregeling verduidelijkt. Zo verwijst de minister naar een door een accountantsorganisatie opgestelde notitie, waarin handvatten worden geboden voor de toepassing van de uitkeringstoets.⁷ In de notitie wordt voorgesteld om voor de beoordeling van de maximale uitkeringsruimte aan te sluiten bij bedrijfseconomische kengetallen, zoals de *quick ratio* en de operationele kasstroom. De minister overweegt dat de vereiste analyse hierdoor voornamelijk een technische exercitie zal zijn, die gevat kan worden in een formule die een concreet aanknopingspunt biedt voor het bepalen van de uitkeringsruimte.⁸ Bij deze redenering kunnen mijns inziens vraagtekens worden geplaatst. Van der Zanden heeft – zeer terecht – daartegen ingebracht dat bestuurders gebeurtenissen, omstandigheden en risico's die twijfel omtrent de continuïteit van de onderneming kunnen indiceren, zullen moeten wegen en inschatten.⁹ Absolute zekerheid dat een uitkering niet zal leiden tot betalingsproblemen kan een mechanische reken-som niet bieden. De beoordeling van de mogelijkheid van de vennootschap om gegeven de uitkering haar verplichtingen te voldoen, kan niet worden gereduceerd tot het raadplegen van een aantal financiële ratio's. Daarvoor zijn alle omstandigheden van het geval relevant, zoals onder meer de geprognosticeerde omzet, winst en kasstromen, de verwachtingen ten aanzien van de markt waarin de vennootschap opereert, de mogelijkheid om het vreemd vermogen te herfinancieren en de voorwaarden waartegen deze herfinanciering waarschijnlijk zal geschieden. Het bestuur dient zich kortom een beeld van de toekomst te vormen en zal daarom een zekere beoordelingsmarge moeten worden gegund. Indien een vennootschap na een uitkering in betalingsproblemen geraakt, zullen rechters de verleiding van *hindsight bias* moeten weerstaan.¹⁰ De kernvraag is of de bestuurders op het moment van de uitkering in redelijkheid mochten menen dat de vennootschap na de uitkering zou kunnen voortgaan met betaling van de schulden.

3.2 Peilmoment aansprakelijkheid

Leden van de Eerste Kamer hebben de vraag opgeworpen op welk moment precies het bestuur een uitkering aan de uitkeringswet dient te onderwerpen. Tussen het AVA-besluit tot uitkering, het goedkeuringsbesluit van het bestuur en de daadwerkelijke betaalbaarstelling van het dividend, kan immers een aanzienlijke tijdsperiode liggen. Het is denkbaar dat op het moment van de besluitvorming een voorgestelde uitkering nog slaagt voor de uitkeringswet, maar vanwege

gewijzigde omstandigheden op het moment van haar betaalbaarstelling zakt voor de test. Uit de recente nadere memorie van antwoord blijkt dat bestuurders een uitkering op het moment van de daadwerkelijke uitkering – doorgaans de betaalbaarstelling – aan de uitkeringstoets dienen te onderwerpen.¹¹ Stellen zij de uitkering betaalbaar terwijl zij op dat moment weten of behoren te weten dat deze zal leiden tot betalingsproblemen, dan zijn zij aansprakelijk op grond van het nieuwe lid 3 van art. 2:216 BW. De minister geeft aan dat hieruit voortvloeit dat het bestuur uitsluitend goedkeuring aan een uitkering kan verlenen 'onder de voorwaarde dat op het moment van uitkering de betalingsonmacht zich niet zal voordoen'. Met andere woorden: het daadwerkelijke (impliciete) goedkeuringsbesluit van het bestuur zal doorgaans de vorm hebben van de betaalbaarstelling van het dividend.¹² In dat geval is nog geen sprake van afgeronde besluitvorming, en derhalve evenmin van een vordering van de aandeelhouders op de vennootschap uit hoofde van het dividend, zolang de daadwerkelijke (betaalbaarstelling van de) uitkering niet heeft plaatsgevonden.

3.3 Omvang van de aansprakelijkheid

Aanvankelijk bepaalde het wetsvoorstel dat bestuurders op grond van art. 2:216 lid 3 BW aansprakelijk waren voor 'het bedrag van de uitkering', maar vanwege kritiek in de juridische literatuur is dit gewijzigd in een aansprakelijkheid voor 'het tekort dat door de uitkering is ontstaan'.¹³ Voor zover dit tekort kleiner is dan het bedrag van de uitkering, is er immers geen goede grond om de bestuurders aansprakelijk te houden voor de gehele omvang van het dividend. Daarmee rees evenwel de vraag of de aansprakelijkheid ook het bedrag van de uitkering kan overstijgen. In de recente nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heeft de minister overwogen dat de omvang van de aansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW maximaal het bedrag of de waarde van de uitkering bedraagt, vermeerderd met de wettelijke rente.¹⁴ Mijns inziens is dit enigszins opmerkelijk, nu de aansprakelijkheidsregeling in art. 2:216 lid 3 BW een *lex specialis* betreft van de algemene interne bestuurdersaansprakelijkheidsregeling vervat in art. 2:9 BW.¹⁵ Had het niet meer voor de

6. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. C, p. 10.
7. Werkgroep Fiscaal Jaarrapport, onderdeel van het Nederlands Taxonomie Project, 'Notitie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bvrecht', bijlage bij Kamerstuk 31 058, nr. C.
8. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 10.
9. P.M. van der Zanden, 'De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie Uitkeringstoets van het NTP', *WPNR* 2012/6933, p. 419-422.
10. Zie recentelijk over het *hind sight bias* risico dat inherent is aan de oordeelsvorming van rechters: M.J. Kroeze, 'De historian's fallacy en Fortis', *RMThemis* 2012-3, p. 113-114.
11. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 11.
12. In de memorie van antwoord heeft de minister overwogen dat het goedkeuringsbesluit van het bestuur ook stilzwijgend kan worden genomen, bijvoorbeeld door de betaalbaarstelling van het dividend.
13. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 26.
14. *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 15.
15. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 32.

hand gelegen aansluiting te zoeken bij dat artikel door te bepalen dat bestuurders aansprakelijk zijn voor de schade die de uitkering toebrengt aan de vennootschap? Blijft voor de curator nu de mogelijkheid bestaan om op grond van art. 2:9 BW eventuele schade aan het vennootschapsvermogen die de uitkering ontstijgt op de bestuurders te verhalen?¹⁶ Hoe dit ook zij, helder is dat de medewerking van bestuurders aan een uitkering die voorzienbaar leidt tot betalingsproblemen tevens aanleiding kan geven tot (externe) aansprakelijkheid op andere gronden.¹⁷ Indien de uitkering kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur en aanneemelijk is dat de uitkering een belangrijke oorzaak is van het faillissement, kan de curator op grond van art. 2:248 BW de bestuurders aanspreken voor het gehele boedeltekort. In hogere en lagere rechtspraak is een dergelijke aansprakelijkheid al een aantal keer aangenomen.¹⁸ Het is goed mogelijk dat het boedeltekort groter is dan het uitgekeerde vermogen. Sterker nog, de Rechtbank Rotterdam heeft overwogen dat ook indien het ongeoorloofde dividend na het intreden van het faillissement aan de vennootschap is terugbetaald, dit niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:248 BW.¹⁹ Daarnaast blijkt uit met name recente lagere rechtspraak dat de medewerking van het bestuur aan een uitkering, terwijl redelijkerwijs voorzienbaar is dat de continuïteit van de vennootschap na de uitkering in het geding zal zijn, kwalificeert als een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap. De door de uitkering veroorzaakte schade is hierbij niet noodzakelijkerwijs gelijk aan het bedrag van de uitkering.²⁰

3.4 Decharge

In de literatuur is gewezen op de mogelijkheid dat de AVA aan de bestuurders decharge verleent ter zake van een dividenduitkering, waardoor de vennootschap afstand doet van de mogelijkheid om de bestuurder op een later moment vanwege het dividend aan te spreken op grond van art. 2:216 lid 3 BW en/of art. 2:9 BW.²¹ Men dient er niettemin op bedacht te zijn dat een dechargebesluit het aansprakelijkheidsrisico niet geheel wegneemt.²² Zo is het denkbaar dat het dechargebesluit in faillissement op grond van art. 2:15 BW of art. 42 e.v. Fw wordt vernietigd door de curator, waardoor het interne aansprakelijkheidsrisico herleeft.²³ Indien bijvoorbeeld een enig aandeelhouder/enig bestuurder zichzelf heeft gedechargeerd terwijl hij wist of moest weten dat de uitkering de continuïteit van de vennootschap in gevaar zou brengen, zal de curator waarschijnlijk de decharge kunnen aantasten om vervolgens alsnog namens de vennootschap tegen de bestuurder te ageren.

Daarnaast staat een decharge in het geheel niet in de weg aan aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de boedel of specifieke crediteuren op grond van de hierboven genoemde bepalingen. De curator die zich geconfronteerd ziet met een (niet aantastbaar) dechargebesluit, zal bij voldoende causaliteit tussen de uitkering en het faillissement mogelijk de bestuurders kunnen aanspreken op grond van art. 2:248 BW. Indien causaliteit ontbreekt, maar ten tijde van de uitkering wel voorzienbaar was dat de vennootschap daarna haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen, kan de curator namens de gezamenlijke crediteuren op grond van art. 6:162 BW trachten de bestuurders aan te spreken.

3.5 Regres op de ontvangers van de uitkering?

Bestuurders zullen de aandeelhouders voorafgaande aan een uitkering, bij voorkeur reeds voor de algemene vergadering waarin over het dividend zal worden gestemd, willen informeren over de financiële positie van de vennootschap.²⁴ Onder het nieuwe BV-recht kunnen immers uitsluitend aandeelhouders die wisten of behoorden te voorzien dat de vennootschap na een uitkering niet in staat zou zijn haar schulden te betalen, op grond van art. 2:216 lid 3 BW tot restitutie van de ontvangen middelen worden aangesproken.²⁵ Bestuurders hebben er daarom belang bij dat de AVA zo goed mogelijk geïnformeerd een besluit over de uitkering neemt. Hierdoor neemt de kans toe dat het dividend met succes zal kunnen worden teruggevorderd van de aandeelhouders indien betalingsproblemen de kop op steken.²⁶ De minister heeft overwogen dat bij ongeoorloofde uitkeringen 'de draagplicht bij de ontvangers van de uitkering berust indien zij niet te goeder trouw waren, omdat zij degenen zijn die ten koste van de crediteuren zijn verrijkt'.²⁷ Indien de bestuurders door de vennootschap met succes zijn aangesproken vanwege een ongeoorloofd dividend, dienen de aandeelhouders die op grond van hetzelfde lid tot restitutie van het dividend kunnen worden aangesproken deze 'vergoeding

16. Zie hierover ook M.L. Lennarts, 'De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders van een bv nader beschouwd', *WPNR* 2007/6731, p. 972.

17. Zo geeft de minister aan op p. 18 van de NMvA.

18. Zie bijv. HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders/Didam*) en recentelijk Rb. Arnhem 23 mei 2012, *LJN* BW7461.

19. Rb. Rotterdam 15 maart 1999, *JOR* 1999/168, r.o. 7.2.2.1 (*Onnekink*).

20. Zie voor een recent geval en de lastige vragen die rijzen indien genoemde rechtsfiguren samenlopen Rb. Rotterdam 15 februari 2012, *JOR* 2012/166 (*Combi/Woortman*).

21. J.E. Brink-van der Meer, J.B. Huizink & P.A. Ledebor, 'Dividend & Decharge', *WPNR* 2011/6874, p. 123-124.

22. Zie mijn reactie op de hiervoor genoemde bijdrage in *WPNR* 2011/6893.

23. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat het dechargebesluit bij voorziening wordt vernietigd door de enquêterechter.

24. Zie in vergelijkbare zin Dortmund in *Ondernemingsrecht* 2009/43.

25. Overigens bestaat de mogelijkheid dat aandeelhouders te goeder trouw tot terugbetaling van een dividend worden aangesproken, omdat de curator met een beroep op de faillissementspauliana de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming vernietigt. Nu een uitkeringsbesluit kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling om niet, kan dit worden vernietigd indien wetenschap van benadeling aanwezig is bij (het bestuur van) de vennootschap. Wetenschap aan de zijde van de ontvanger is niet vereist. Faillieert de vennootschap binnen een jaar na de uitkering, dan wordt vermoed dat het bestuur wetenschap van benadeling had. Zie hierover uitgebreid R.J. de Weijts & J. Barneveld, 'Aantasting van dividend in schijnbaar complexe transacties', *TvI* 2010-7, p. 38-47, Schutte-Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2012/35 en Hof Arnhem 27 maart 2012, HA ZA 08-1438, in r.o. 4.26 (nog niet gepubliceerd).

26. Zo merkt ook de minister op, zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 12.

27. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6 (NV II), p. 26.

aan de bestuurders, naar evenredigheid van het gedeelte dat door ieder der bestuurders is voldaan' te voldoen, zo volgt uit het derde lid van het nieuwe art. 2:216 BW. Hoewel deze formulering niet uitblinkt in helderheid, heeft de minister aangegeven dat de aangesproken bestuurders regres kunnen nemen op de aandeelhouders die de uitkering niet te goeder trouw hebben ontvangen.²⁸ Tevens bestaat voor een bestuurder de mogelijkheid om in de procedure aangespannen door de curator of de vennootschap, de aandeelhouder in vrijwaring op te roepen.²⁹ In dat geval kan bij toewijzing van de vordering in de hoofdzaak en toewijzing van de vordering in de vrijwaringszaak, de bestuurder zich direct verhalen op de aandeelhouder. Dat neemt niet weg dat de bestuurder het risico draagt dat de aandeelhouder geen verhaal biedt of om andere praktische redenen niet met succes kan worden aangesproken.

4. Accountantsaansprakelijkheid vanwege ongeoorloofde uitkeringen

4.1 Het staartje van Reinders/Didam

Het is goed denkbaar dat bestuurders bij de uitkering van dividend zich vaker zullen verlaten op adviezen van terzake deskundige personen.³⁰ De minister heeft dienaangaande overwogen dat de vennootschap normaal gesproken bij uitkering geen advies hoeft in te winnen van een accountant, maar dat '[i]n schakeling van deskundigen [...] wel aan de orde [is] als zich sinds de vaststelling van de laatste jaarrekening bijzondere omstandigheden in de financiële positie van de vennootschap hebben voorgedaan'.³¹ Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2010 – dat in de ondernemingsrechtelijke literatuur tot nu toe opvallend weinig aandacht heeft gekregen – blijkt dat het aansprakelijkheidsrisico vanwege ongeoorloofde uitkeringen onder omstandigheden kan worden afgewenteld op een adviserende accountant.³² De uitspraak betreft het staartje van de *Reinders/Didam*-zaak, waarin – kort gezegd – Hof Arnhem oordeelde dat de (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder (hierna: DGA) van LIR BV op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk was voor het boedelttekort, vanwege zijn medewerking aan een omvangrijke uitkering van vrije reserves die de vennootschap had 'prijsgegeven' aan het faillissement.³³ Nadat de Hoge Raad in 2004 de zaak had afgedaan op grond van art. 81 R.O.,³⁴ is de DGA een procedure gestart tegen de accountant van LIR en de advocaat die hem bijstond in de procedure aangespannen door de curator. De DGA verwijt de accountant een beroepsfout te hebben gemaakt door positief te adviseren tot het nemen van het gewraakte dividendbesluit, althans door onvoldoende te wijzen op de daaraan verbonden (aansprakelijkheids)risico's. De vordering op de accountant is echter verjaard en daarom heeft de DGA tevens zijn advocaat in rechte betrokken; deze zou een beroepsfout zijn begaan doordat hij de positie van de DGA niet heeft veiliggesteld door de accountant in vrijwaring op te roepen, dan wel de verjaring van de vordering op de accountant te stuiten. Het hof en de Hoge Raad overwogen dat de DGA erop mocht vertrouwen dat de accountant geen advies zou geven tot het nemen van een als kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te merken dividendbesluit. Voor zover de accountant niet over de benodigde juridische kennis beschikte, had hij zich nader dienen te informeren, althans komt het nalaten daarvan voor zijn rekening. Zelfs indien de accountant zou hebben gewaarschuwd voor het risico verbonden aan

het dividendbesluit of geadviseerd zou hebben nader juridisch advies in te winnen, zou hij niet gehandeld hebben als een bekwaam en redelijk handelend accountant, zodat hij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeengekomen werkzaamheden, aldus de Hoge Raad. De vermeende waarschuwing kan hooguit van belang zijn in de schadestaatprocedure, aangezien daaruit mogelijk voortvloeit dat de DGA eigen schuld heeft aan zijn schade.³⁵ Hof Arnhem veroordeelt de advocaat daarom tot vergoeding van de door de DGA geleden schade; het daartegen ingestelde cassatieberoep wordt door de Hoge Raad verworpen.

4.2 Onderscheid tussen aanvaardbare en onaanvaardbare risico's?

In zijn conclusie bij het arrest merkt A-G Spier op dat normaal gesproken de cliënt die door een adviseur goed is voorlicht over de (aansprakelijkheids)risico's van een bepaalde handeling, zelf verantwoordelijkheid draagt voor zijn eigen beslissing. De adviseur treft bij verwezenlijking van de risico's in dat geval geen blaam. De A-G meent echter dat dit beginsel in de onderhavige casus uitzondering lijdt. Zijns inziens mogen accountants nimmer adviezen geven die, indien ze worden gevolgd, kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren.³⁶ De A-G maakt onderscheid tussen 'redelijkerwijs verantwoorde risico's' waarop de accountant mag wijzen en 'onaanvaardbare risico's' waarvoor de accountant kennelijk niet slechts mag waarschuwen, maar die uitsluitend tot een negatief advies moeten leiden.

Ik vraag mij echter af of dit theoretisch heldere onderscheid in de praktijk werkbaar is; hoe onderscheidt de accountant de aanvaardbare van de onaanvaardbare risico's? In de *Reinders/Didam*-casus was sprake van een vrij kras geval: de uitkering vond niet alleen plaats op een moment dat redelijkerwijs voorzienbaar was dat de BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen zou kunnen voldoen, maar het dividend was tevens een belangrijke oorzaak van het faillissement. De vraag rijst of een uitkering die 'slechts' in strijd is met de toets van het nieuwe art. 2:216 lid 3 BW ook altijd een onaanvaardbaar risico oplevert. Een bevestigend antwoord zou betekenen dat advocaten van bestuurders die worden aangesproken vanwege een ongeoorloofde uitke-

-
28. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6 (NV II), p. 26.
 29. Overigens wekt de minister ten onrechte de suggestie dat de bestuurder hiermee kan voorkomen dat de aandeelhouder de regresvordering van de bestuurder op de aandeelhouder verrekent met een vordering van de aandeelhouder op de bestuurder (*Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 13). Ik zie niet in hoe de vrijwaringsprocedure de verkeningsmogelijkheid van de aandeelhouder wegneemt. Onduidelijk is ook welk probleem de VVD-fractie hier voor ogen heeft.
 30. Zo menen ook B. Bier & P.M. van der Zanden, 'Besluitvorming van het bestuur rondom uitkeringen in de flexibele BV', *TvOB* 2007-1, p. 14.
 31. *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 426, nr. 24, p. 11.
 32. HR 2 juli 2010, *NJ* 2012, 194.
 33. Hof Arnhem 19 februari 2002, *JOR* 2002/56 (*Reinders/Didam*).
 34. HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders/Didam*).
 35. Zie r.o. 3.6.1 van het arrest van de Hoge Raad.
 36. Zie r.o. 3.19.1 van de conclusie.

ring, altijd zullen moeten bezien of er adviseurs bij de uitkering betrokken zijn geweest die kunnen worden aangesproken; kennelijk op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid indien zij dit nalaten.

Het is daarnaast de vraag of accountants überhaupt in staat zijn om in te schatten of een uitkering in de toekomst tot aansprakelijkheid van de bestuurders zal leiden. Zoals hierboven al aan bod kwam, is dit afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Het gaat hier om een geheel andere kwestie dan waarover accountants normaliter plegen te adviseren. Een accountant kan zich op basis van de jaarrekening een beeld vormen van de solvabiliteitspositie van de vennootschap, maar zal veel moeilijker een oordeel kunnen vellen over de liquiditeitsprognose. Voor zover een accountant daartoe al bereid is, zal hij daarbij in hoge mate afhankelijk zijn van informatie die hij van de bestuurders ontvangt. Of de bestuurders in een concreet geval mochten menen dat een uitkering geoorloofd was, is niet alleen een feitelijke vraag naar de financiële positie van de vennootschap en de verwachtingen daaromtrent, maar tevens een normatieve, juridische vraag naar de mate waarin bestuurders risico's mogen nemen die mede voor rekening van de vennootschapscrediteuren komen. Is het redelijk dat accountants bij een verkeerd antwoord op deze vraag zonder meer kunnen worden aangesproken? Zullen accountants nog positief durven te adviseren indien zij weten dat ook als zij uitdrukkelijk wijzen op de risico's van een dividend, nog steeds aansprakelijkheid dreigt bij verwezenlijking van deze risico's? In het licht van de onderhavige uitspraak, en in het bijzonder van de daarin vervatte overwegingen, lijkt het verstandig dat accountants de mogelijkheden om door de bestuurders aansprakelijk gesteld te worden, contractueel uitsluiten.³⁷

5. Conclusie

Mede dankzij het slotdebat in de Eerste Kamer is de nieuwe uitkeringsregeling voldoende uitgekristalliseerd om op 1 oktober 2012 in werking te treden. Een aantal details zal in de rechtspraak meer vorm moeten krijgen, maar de hoofdlijnen van de nieuwe regeling zijn helder. Bestuurders zullen zich ervan moeten vergewissen dat de vennootschap na een uitkering niet in betalingsproblemen zal komen. Verlenen zij goedkeuring aan een ongeoorloofde uitkering, dan lopen zij het risico om aansprakelijk te worden gesteld door de vennootschap, haar crediteuren of een curator. Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat thans ook een adviserende accountant aansprakelijk kan zijn vanwege zijn betrokkenheid bij een uitkering, zelfs indien hij heeft gewezen op de aan de uitkering verbonden risico's. De vraag rijst hoe deze norm zich verhoudt tot het nieuwe art. 2:216 BW. Rechters dienen onder het nieuwe BV-recht te waken voor *hind sight bias*: de goedkeuring van het bestuur en een eventueel advies van de accountant dienen *ex tunc* te worden beoordeeld. Bestuurders fungeren na een uitkering niet als kredietverzekeraar van de vennootschapscrediteuren en evenmin fungeert de accountant als aansprakelijkheidsverzekeraar van de bestuurder.

37. Ik ga hier verder niet in op de vraag of, en zo ja in hoeverre, de accountant het risico loopt om door de crediteuren van de vennootschap (of namens hen de curator) aansprakelijk gesteld te worden vanwege diens medewerking aan de uitkering. Het zou in dat geval gaan om een buiten-contractuele aansprakelijkheid, mogelijk op grond van art. 6:162 BW, die de accountant in beginsel niet kan uitsluiten.