

BV Rendement

Dit artikel wordt u aangeboden door BV Rendement

BV Rendement is het nieuws- en adviesmagazine voor directeuren-grotaandeelhouders en ondernemers in het MKB. In BV Rendement leest u maandelijks praktische artikelen over onder meer fiscale wet- en regelgeving, financiële zaken en arbeidsrechtelijke onderwerpen én alle overige actuele informatie met betrekking tot uw bedrijfsvoering.

BV Rendement biedt u onder andere:

- nieuws over veranderende wet- en regelgeving;
- rubrieken met concrete adviezen en tips die u direct in de praktijk kunt brengen;
- artikelen over ondernemerskwesties als het gebruikelijk loon, de auto van de zaak en ontslagrecht;
- marktanalyses over onder meer arbodienstverleners, tankpassen en incassobureaus;
- wekelijkse e-mailservice met het allerlaatste nieuws;
- een aanvulling op de inhoud van elke uitgave met praktische, online tools.

Kijk voor meer informatie of een proefabonnement op www.rendement.nl/bvblad

Ploft de bv, dan ploft u mee

Het principe is makkelijk: als uw bv niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, gaat de bv failliet en gaat u zelf gewoon vrolijk verder. De werkelijkheid is helaas genuanceerder. Als uw bv failliet gaat omdat u daarmee te grote verplichtingen aanging, bent u als bestuurder persoonlijk aansprakelijk. Ook dat principe klinkt misschien logisch en eerlijk, maar het zorgt in de praktijk toch voor veel discussie.

Het gaat hier om de zogenoemde Beklamel-norm. Beklamel was een bedrijf dat handelde in veevoer. Begin jaren tachtig kocht het bedrijf een partij babyvoeding met de bedoeling het snel door te verkopen als veevoer. Dat lukte ook, maar de koper had nog flink wat te verrekenen met Beklamel. Hij maakte dus geen bedrag over, maar betaalde door middel van verrekening. Dat was de doodsklap voor Beklamel. Het bedrijf kon de verkoper met geen mogelijkheid betalen en ging failliet. De directeur van Beklamel werd persoonlijk aansprakelijk gesteld. Hij kreeg het verwijt dat hij namens zijn bv verplichtingen was aangegaan waarvan hij wist of had moeten weten dat de bv die niet zou kunnen nakomen, terwijl hij bovendien wist dat zijn bv onvoldoende verhaal zou bieden.

Probleem

De Hoge Raad neemt dat verwijt over. Sindsdien geldt dat een dga onrechtmatig handelt en persoonlijk aansprakelijk is als hij namens zijn bv onhaalbare verplichtingen aangaat en weet dat zijn

bv uiteindelijk onvoldoende verhaal biedt. Het probleem met deze Beklamel-norm is natuurlijk dat geen enkele dga bewust verplichtingen aangaat met zijn bv waarvan hij zeker weet dat de bv die niet kan nakomen. Als het in de praktijk misgaat, is het verwijt van de rechter aan de bestuurder stevast dat hij 'had moeten weten' dat het mis zou gaan. Dat is achteraf makkelijk praten. De rechtbank kan achteraf immers in alle rust bepalen dat u zich had moeten realiseren dat alle seinen op rood stonden. Dan staat inmiddels vast hoe de markt zich ontwikkeld heeft, wat

de precieze financiële toestand van uw bv was en hoe de deal is uitgekapt.

Psychologisch

Het is bovendien een bekend psychologisch verschijnsel dat mensen de neiging hebben een situatie anders te beoordelen als ze eenmaal weten hoe de uitkomst eruit ziet. Als aan proefpersonen gevraagd wordt of een bepaalde inhaalmanoeuvre acceptabel is, zal een deel antwoorden dat dit zeker het geval is. Dat deel wordt veel kleiner als aan de proefpersonen gemeld wordt de inhaalpoging dodelijke gevolgen zal hebben.

Dit effect geldt net zo goed voor rechters die uw zakelijk handelen beoordelen terwijl ze weten dat het slecht is afgelopen. Zij zien dan alleen nog maar hoe onverantwoord u bezig bent geweest, terwijl iedereen toch had kunnen zien aankomen dat... et cetera. Rechters zijn zich van dit effect bewust, maar zij ontkomen er niet aan. Houd er daarom rekening mee dat uw optreden extra streng beoordeeld wordt als uw bv omgevallen

Ondernemen is nu eenmaal risico's nemen

Ondernemers zijn van nature optimistisch. Ze zien meer kansen dan risico's. Dat is maar goed ook. Als u steeds maar af zou zien van transacties omdat er een mogelijkheid bestaat dat uw bv die niet kan nakomen, komt er weinig van de grond. Juist in crisissituaties is het soms nodig om riskante overeenkomsten aan

te gaan. Het alternatief is dat u in zo'n situatie op uw handen blijft zitten en alleen maar kleine en veilige transacties aangaat. Persoonlijke aansprakelijkheid blijft u in dat geval bespaard, maar u weet dan zeker dat uw bv ten onder gaat. In die zin gaat de Beklamel-norm dus tegen het karakter van ondernemers in!



is. Trekt u dan bij voorbaat aan het kortste eind? Dat hoeft niet. Er zijn namelijk een aantal goede methoden om ervoor te zorgen dat uw bedrijf en u zelf overleven.

Open kaart

De makkelijkste methode is meteen open kaart spelen met uw contractspartner. Als u laat zien dat uw bv het moeilijk heeft, of dat de transactie zo groot is dat uw bv daar wel eens aan ten onder zou kunnen gaan, kunt u daar achteraf geen verwijten over krijgen. Dit is een beetje een wereldvreemde oplossing, die kennelijk bedacht is door juristen die niet al te diep hebben nagedacht over PR. Als u van tevoren aan uw zakenpartner meldt dat de kans groot is dat u de afspraken niet kunt nakomen, komt er natuurlijk geen deal. Bovendien is het, om dit soort mededelingen te kunnen doen, nodig dat u zich bewust bent van het risico. Dat is vaak juist niet het geval. De directeur van Beklamel kocht babyvoeding waarvan hij wist dat hij die voor een goede

prijs zou kunnen doorverkopen. Daar leek niets mee mis te kunnen gaan.

Opknippen

Een betere, maar ingewikkeldere benadering is om transacties op te knippen in behapbare stukken. Dat vereist soms juridische creativiteit. De directeur van Beklamel had er beter aan gedaan om de partij babyvoeding op te kopen in delen van 25%, met een optie op het geheel. De overeenkomst bestaat dan uit hapklare brokken. Als uw bv wankelt, moet u geen contracten met leveranciers aangaan voor vijf jaar. Kies dan liever voor opvolgende contracten van steeds een kwartaal, ook al is dat misschien ongebruikelijk. U zult dan niet het verwijt krijgen dat u verplichtingen aangegaan bent die de bv nooit zou kunnen nakomen. En als u dat verwijt wel krijgt, dan valt de persoonlijke schade in ieder geval mee. Beklamels dga had ook escapes kunnen inbouwen, bijvoorbeeld door een opschortende voorwaarde op te nemen ('er

is nog geen definitieve deal totdat... hij bijvoorbeeld zelf een koper gevonden zou hebben') of een ontbindende voorwaarde ('er is een deal, maar die wordt teruggedraaid als... er bijvoorbeeld niet vóór een bepaalde datum een goede koper is gevonden'). Als er grote investeringen nodig zijn voor een bepaald project, is het ook helemaal niet gek om een financieringsvoorbehoud op te nemen.

Advies

U kunt bovendien voor uzelf veiligheidskleppen inbouwen om achteraf beschuldigingen over roekeloos handelen te weerleggen. Zo kunt u advies inwinnen bij uw accountant over de vraag of het haalbaar en verantwoord is om een bepaalde overeenkomst aan te gaan. Als de accountant denkt dat dit zo is, staat u sterker als vervolgens blijkt dat het toch niet lukt en u het verwijt krijgt roekeloos gehandeld te hebben. Het helpt dan enorm als u kunt laten zien dat u zorgvuldig te werk bent gegaan. Als u de belangen van uw crediteur in uw afwegingen enorm hebt aangetrokken, maar dat alleen maar in uw hoofd gebeurd is, helpt u dat niet. Raadpleeg bij twijfel dus (schriftelijk) externe adviseurs of leg in ieder geval vast waarom erop vertrouwd mag worden dat uw bv de verplichtingen kan nakomen.

U zou kunnen denken dat het juist tegen u werkt als u dit soort adviezen inwint. Een bestuurder die niets te vrezen heeft, hoeft toch niet expliciet na te denken over de mogelijkheid dat zijn bv niet kan nakomen? Toch is het beter om dat wel te doen. Directeuren van (bijna) failliete bv's krijgen van crediteuren heel vaak het verwijt dat zij de Beklamel-norm geschonden hebben. Als zo'n zaak voor de rechter komt, zal die het juist verstandig vinden dat de bestuurder in kwestie zich bewust is geweest van de Beklamel-norm. Voorzichtige bestuurders worden door de rechter beloond, ook als hun voorzichtigheid misschien overdreven was.

Bert van Mieghem, advocaat bij Wybenga Advocaten, e-mail: vanmieghem@wybenga-advocaten.nl