



Nieuwsbrief Ondernemingsrecht 1

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij ontvangt u het eerste exemplaar van de nieuwsbrief van de praktijkgroep ondernemingsrecht van KienhuisHoving. Wij danken u voor uw aanmelding.



Met deze nieuwsbrief willen wij u als cliënt regelmatig informeren over actuele juridische ontwikkelingen. Zoals de praktijkgroep vanuit verschillende disciplines en vestigingen werkzaam is, zal de nieuwsbrief ook verschillende invalshoeken kennen. Bij de inhoud ligt de nadruk op kort, bondig en informatief. Voor uitgebreid advies weet u ons te vinden.

De doelgroep van deze nieuwsbrief bent u: de cliënt. Daarom horen wij graag wat u ervan vindt, van de opzet, inhoud of thema's.

Stuurt u deze nieuwsbrief ook gerust naar collega's of zakenrelaties.

Heeft u vragen, opmerkingen of suggesties over de inhoud van de nieuwsbrief, neemt u dan contact op met Adriaan de Buck, advocaat ondernemingsrecht (tel: 053 - 480 42 84, a.de.buck@kienhuishoving.nl) of Matthijs van Rozen, kandidaat-notaris ondernemingsrecht (tel: 053 - 480 42 42, m.w.l.van.rozen@kienhuishoving.nl). Wilt u meer weten over onze praktijkgroep, dan verwijzen wij u naar onze internetsite: www.kienhuishoving.nl.

1. Uitkeringen aan aandeelhouders in de Flex B.V.

Momenteel is de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het b.v.-recht (hierna: Flex-B.V.) in voorbereiding. De huidige prognose is dat de Flex-B.V. mogelijk al medio 2010 wordt ingevoerd, al leert de praktijk dat de wetgeving in ons land minder snel vordert dan verwacht.

Het wetsvoorstel voor de Flex-B.V. introduceert drastische veranderingen op, met name, het gebied van kapitaalbescherming. De wettelijke eis van de minimum storting op aandelen ten bedrage van EUR 18.000 wordt losgelaten. Door critici is altijd aangevoerd dat dit bedrag nogal arbitrair is en crediteuren slechts een schijnzekerheid biedt. Er bestaat immers geen enkele garantie dat dit bedrag in de vennootschap beschikbaar blijft voor schuldeisers. In het nieuwe systeem wordt nog slechts als eis gesteld dat de nominale waarde van de aandelen positief is. Er kan dus een B.V. worden opgericht met bijvoorbeeld één uitstaand aandeel met een nominale waarde van een eurocent. De regels op het gebied van kapitaalbescherming worden hierdoor aanzienlijk vereenvoudigd. De huidige formaliteiten, zoals het aanhechten van een bankverklaring en het opstellen van een accountantsverklaring bij inbreng in natura, komen te vervallen. Ook andere -gecompliceerde- kapitaalbeschermingsbepalingen, zoals transacties met aandeelhouders (Nachgründung) en steunverlening aan derden ("financial assistance") verdwijnen uit de wet. Daarvoor in de plaats wordt het regime bij uitkeringen aan

aandeelhouders verscherpt doordat een zogenoemde uitkeringstest wordt geïntroduceerd, waaraan een persoonlijke aansprakelijkheid voor bestuurders is gekoppeld.

In het wetsvoorstel worden de regels voor winstuitkeringen, inkoop van eigen aandelen en terugbetaling van kapitaal op aandelen grotendeels gelijkgetrokken. Deze uitkeringen mogen plaatsvinden tot het bedrag van de wettelijke en statutaire reserves. Een uitkeringsbesluit heeft echter geen gevolgen zolang het bestuur van de vennootschap hieraan geen instemming heeft verleend. Het bestuur moet deze instemming weigeren wanneer het weet of redelijkerwijze behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering haar opeisbare schulden niet zal kunnen blijven voldoen. In geval van een deconfiture is de betreffende bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het uitkeringsbedrag met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Het zal niet mogelijk zijn de bestuurder kwijting te verlenen voor deze aansprakelijkheid. Echter, de bestuurder die kan aantonen dat het niet aan hem te wijten is dat de uitkering is gedaan en dat hij maatregelen heeft getroffen om de gevolgen daarvan af te wenden, gaat vrijuit.

Wanneer de vennootschap binnen een jaar na het doen van een uitkering failliet wordt verklaard is een aandeelhouder, die wist of redelijkerwijs moest weten dat de uitkering aan hem ongeoorloofd was, gehouden tot terugbetaling. De aandeelhouder moet betalen aan de bestuurder indien de laatste aan zijn terugbetalingsverplichting jegens de vennootschap heeft voldaan.

Door de nieuwe regeling worden de taak en de aansprakelijkheid van de bestuurders, en daarmee gelijkgestelde feitelijke beleidsbepalers, uitgebreid. Weliswaar is in de rechtspraak al eens geoordeeld dat een (enig) bestuurder onder omstandigheden zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld indien hij zijn medewerking heeft verleend aan een dividenduitkering kort voorafgaand aan het faillissement van de vennootschap. Echter, naar huidig recht zal een bestuurder die een aandeelhoudersbesluit tot het doen van een dividenduitkering uitvoert -terwijl formeel niet van hem wordt verlangd dat hij een uitkeringstest doet- niet zonder meer onrechtmatig handelen indien daaruit crediteurenbenadeling voortvloeit. Bij de Flex-B.V. zal de bestuurder in alle gevallen de uitkeringstest moeten uitvoeren en als het desondanks toch "fout gaat" is het aan hem om te bewijzen dat de uitkering niet aan hem te wijten is, of dat hij de nodige maatregelen ter voorkoming van de gevolgen heeft genomen. Een bestuurder kan bewijzen dat hem geen verwijt treft indien hij tegen het uitkeringsbesluit heeft gestemd. Als dat aandeelhoudersbesluit echter eenmaal is genomen moet het worden uitgevoerd, zodat onduidelijk is hoe de bestuurder dan vervolgens de gevolgen kan afwenden. Zo kan de bestuurder die louter medewerking aan een besluit verleent aansprakelijk zijn, terwijl de aandeelhouder die zijn goede trouw kan aantonen de dans mogelijk ontspringt ("mogelijk", omdat deze wel het risico loopt dat hij alsnog door de curator wordt aangesproken op grond van crediteurenbenadeling resp. onrechtmatige daad). Dit is een weinig bevredigende gang van zaken omdat de aandeelhouder en niet de bestuurder heeft geprofiteerd van de uitkering. Ook wordt een crediteur opgezadeld met het risico dat een bestuurder onvoldoende vermogend blijkt te zijn om de vordering te voldoen. En, let wel, de bestuurder is niet louter aansprakelijk voor de schade die crediteuren lijden, maar voor het gehele bedrag van de uitkering vermeerderd met rente.

Gezien de risico's die de bestuurder loopt ligt voor de hand dat in de praktijk de bestuurder in het kader van een uitkering van de aandeelhouder regelmatig een uitgebreide vrijwaring zal verkrijgen. Daar is niets mis mee, aangezien de vennootschap die de uitkering doet en de crediteuren hiervan geen nadeel ondervinden. De verantwoordelijkheid die aan de bestuurder wettelijk wordt opgelegd wordt weliswaar uitgehouden, maar er valt mee te leven dat de

betalingsverplichting uiteindelijk komt te liggen bij degene die de uitkering in zijn portemonnee heeft ontvangen, zijnde de aandeelhouder.

Adriaan de Buck, advocaat

2. Wetvoorstel personenvennootschappen

Het onderwerp “personenvennootschappen” komt u mogelijk niet onbekend voor. Het wetsvoorstel staat al jaren op de agenda. Eind december 2009 is het wetsvoorstel inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer, zodat een spoedige invoering mogelijk is. Invoering zal overigens waarschijnlijk gelijktijdig met de Flex-B.V. plaatsvinden. Hier volgen de hoofdpunten van het wetsvoorstel.

De huidige soorten personenvennootschappen klinken vertrouwd: maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap.

Het wetsvoorstel bevat een totale herziening van de personenvennootschappen en kent dan ook een nieuwe terminologie:

- a. stille vennootschap (SV);
- b. openbare vennootschap (OV), optioneel met rechtspersoonlijkheid (OVR),
- c. commanditaire vennootschap (CV), optioneel met rechtspersoonlijkheid (CVR).

De stille vennootschap treedt niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten toe op. Omdat zij niet onder gemeenschappelijke naam optreden, zal deze groep niet als zodanig herkenbaar zijn. De onderlinge verhouding tussen de vennoten blijft voor hen wel van belang.

Het grootste deel van de personenvennootschappen zal als openbare vennootschap (OV) worden aangemerkt. Een OV oefent een beroep of bedrijf uit en treedt onder een gemeenschappelijke naam naar buiten toe op. Het huidige recht kent het, niet altijd duidelijke, onderscheid tussen een maatschap voor de beroepsbeoefenaren en een vennootschap onder firma voor degene die een bedrijf uitoefenen. Het verschil tussen beroep of bedrijf is onder de nieuwe wet niet langer relevant. Zodra sprake is van de uitoefening van een beroep of bedrijf onder gemeenschappelijke naam, is steeds sprake van een OV.

Bestaande maatschappen zullen voor een belangrijk deel door het wetsvoorstel van rechtswege in een OV worden omgezet. Voor de aansprakelijkheid heeft dit grote gevolgen. Bij de huidige maatschap zijn de vennoten voor gelijke delen aansprakelijk. Bij de OV, net als bij de huidige VOF, zijn alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk. Voor met name vennoten in een maatschap betekent dit een belangrijke verzwarende voor de aansprakelijkheid.

Het wetsvoorstel biedt de mogelijkheid voor rechtspersoonlijkheid te kiezen bij de OV en CV, daarna aangeduid als OVR en CVR. Rechtspersoonlijkheid kan slechts worden verkregen en opgeheven bij notariële akte. Rechtspersoonlijkheid brengt geen wijzigingen in de aansprakelijkheid.

Rechtspersoonlijkheid biedt voordelen voor de continuïteit. Het toe- en uitreden van vennoten wordt eenvoudiger. Niet langer hoeft het aandeel in alle afzonderlijke bezittingen, schulden en contracten op de daarvoor bestemde wijze(n) geleverd te worden. De overdracht van het aandeel volstaat. Een OVR kan op eigen naam goederen verkrijgen en contracten aangaan. Voorts kan een OVR zich eenvoudig omzetten in een B.V.

Matthijs van Rozen, kandidaat-notaris

3. Bestuurders van een Duitse GmbH: let op bij dreigende insolventie!

Een bijdrage vanuit de German Desk van KienhuisHoving.

Inleiding

Kun je het in Nederland als bestuurder van een B.V. nog redelijk lang “uitzingen” terwijl insolventie van de B.V. op de loer ligt, is dat bij een Duitse B.V. (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hierna: “GmbH”) wel anders. Met name het begrip “Überschuldung” dient elke (Nederlandse) bestuurder van een GmbH steeds in het achterhoofd te houden, als het met de GmbH financieel niet al te best gaat.

Insolventiegronden Nederland en Duitsland

Het Nederlandse recht kent als grond voor faillissement alleen “het verkeren in de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen”. Het Duitse recht daarentegen kent twee gronden voor faillissement, namelijk:

1. “Zahlungsunfähigkeit” (betalingsonmacht); en
2. “Überschuldung”.

“Zahlungsunfähigkeit”

Van “Zahlungsunfähigkeit” is sprake als de GmbH niet meer in staat is om aan al haar opeisbare verplichtingen te voldoen en zij er niet in slaagt binnen twee weken alsnog over voldoende liquide middelen te beschikken. Een toezegging geld te zullen ontvangen is niet voldoende, bepalend is het daadwerkelijk verkrijgen van geld.

“Überschuldung”

Er is sprake van “Überschuldung” als het vermogen van de GmbH kleiner is dan de lopende schulden en voortzetting van de onderneming niet waarschijnlijk is. De bestuurder moet allereerst een inschatting maken van de overlevingskans van de onderneming (een zogenaamde “Fortbestehensprognose”). Het gaat erom dat men er objectief en realistisch van uit moet kunnen gaan dat de onderneming de komende twee jaar in staat zal zijn aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. In die periode mag er ook geen betalingsonmacht dreigen, dan is er namelijk geen sprake van een positieve overlevingsprognose.

Om het vermogen van de GmbH te bepalen wordt een vergelijking gemaakt tussen alle activa (ook die die je normaal in een handelsbalans niet mag activeren) en alle passiva (alle schulden behalve het eigen vermogen). Dit doe je in een zogenaamde “Überschuldungsbilanz”. Bij de passiva spelen leningen van aandeelhouders een bijzondere rol. Deze hoeft je alleen dan niet op te nemen als sprake is van een “gekwalificeerde” achterstelling. Als de overlevingsprognose positief uitvalt, mag je het vermogen tegen normale waarden opnemen. Als de prognose echter negatief uitvalt, moet je het vermogen tegen liquidatiewaarden opnemen. Veelal zal dan sprake zijn van “Überschuldung”.

Duitse crisiswetgeving

De Duitse regering heeft gelet op de huidige economische crisis aanleiding gezien het begrip “Überschuldung” tijdelijk (tot en met eind 2013) af te zwakken. Als je mag aannemen dat er een overlevingskans van meer dan 50% is en je dit kunt documenteren, hoeft je geen aparte balans op te stellen en hoeven er geen saneringsmaatregelen te worden genomen. Met andere

woorden: je mag dan doen alsof er geen “Überschuldung” is, terwijl die er in werkelijkheid misschien wél is. Bestuurders, let op: dit klinkt aantrekkelijk maar gelet op de strenge sancties verdient het aanbeveling in geval van financiële problemen toch altijd een “Überschuldungsbilanz” te laten opstellen door de accountant. Je moet namelijk achteraf wel kunnen documenteren waarop je de inschatting van de positieve overlevingskans hebt gebaseerd.

Acties en sancties

Als sprake blijkt te zijn van “Zahlungsunfähigkeit” dan wel “Überschuldung”, moet de bestuurder binnen (maximaal) drie weken het faillissement van de GmbH aanvragen. Doet de bestuurder dat niet of niet tijdig, dan is hij persoonlijk aansprakelijk voor alle schulden die sindsdien zijn ontstaan. Sterker nog, er dreigt zelfs een gevangenisstraf van maximaal 1 jaar tot maximaal 3 jaar bij opzet.

Conclusie

Reden temeer dus om als bestuurder van een Duitse GmbH op je hoede te zijn en steeds de actuele financiële positie van de GmbH voor ogen te houden!

Arjen Westerdijk, advocaat

4. Oppassen bij concernfinanciering

Het thema doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen is de laatste decennia in de rechtspraak veelvuldig aan de orde geweest. Daarbij is vaak de vraag of de moedermaatschappij aansprakelijk is voor schulden van de (failliete) dochtermaatschappij. Het uitgangspunt daarbij is dat elke rechtspersoon slechts aansprakelijk is voor haar eigen daden en schulden. Dit geldt in beginsel ook binnen het concern, zolang door de holding geen verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid (de zogenoemde “403-verklaring”) is afgegeven. Schulden van de dochter kunnen dus niet zonder meer aan de moeder worden toegerekend, ook niet als sprake is van een nauwe financiële verwevenheid tussen moeder en dochter en/of een grote mate van zeggenschap van de moeder binnen de dochter. Echter, dit kan anders komen te liggen indien de dochter schulden onbetaald laat en de moeder in dat kader verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten in te grijpen. Een bekend voorbeeld is de holding, tevens bestuurder van de werkmaatschappij, die eerst alle activa van de werkmaatschappij verkoopt en vervolgens de schuldeisers van de inmiddels failliete werkmaatschappij voldoet, op één na. Een dergelijke selectieve (wan-)betaling van crediteuren kan leiden tot een veroordeling van de holding om alsnog ook die ene crediteur te voldoen. Ook ziet men wel dat de moeder ten onrechte de “schijn van kredietwaardigheid” ophoudt van een dochter die in zwaar weer verkeert en uiteindelijk failliet gaat. Onbetaalde leveranciers van de dochter, die aantonen te zijn afgegaan op geruststellende maar misleidende mededelingen vanuit de concerntop, kunnen alsnog bij de moeder aankloppen voor de voldoening van hun factuur.

In september 2009 heeft de Hoge Raad een opvallend arrest gewezen waarbij is geoordeeld dat de moeder/bestuurder aansprakelijk was jegens alle schuldeisers van haar failliete dochter. De casus is als volgt. Comsys Holding B.V. is de enig aandeelhouder van Comsys B.V. en Comsys Services B.V. Het Comsys concern houdt zich bezig met de verkoop en installatie van voice response systemen. De concernactiviteiten zijn door Holding als volgt gestructureerd. Comsys sluit contracten af, verkoopt producten en verzendt facturen aan afnemers. Services koopt de materialen in voor deze producten en tevens zijn bij Services de ten behoeve van Comsys actieve werknemers in dienst. Comsys en Services voeren dus in wezen één

onderneming, waarbij de kosten liggen bij Services en de inkomsten bij Comsys. De door Services ten behoeve van Comsys en Holding gemaakte kosten worden evenwel niet volledig doorbelast. Daardoor is Services sinds 1999 verliesgevend en heeft zij haar schuldeisers slechts kunnen voldoen doordat Holding en Comsys de verliezen aanvulden. Holding heeft schuldeisers van Services niet ingelicht over de penibele financiële situatie van Services en de aan de concernstructuur inherente risico's. Deze risico's werden nog vergroot doordat alle activa van Services aan Rabobank waren verpand. In de jaarrekening van Services over 2001, waaruit een negatief eigen vermogen blijkt, heeft de accountant opgemerkt dat voor de waardering is uitgegaan van going concern omdat belanghebbenden (Holding en Comsys) de intentie hebben om Services binnen de groep te laten voortbestaan. Echter, in 2003 is Services technisch failliet en volledig afhankelijk van een financiële injectie vanuit het concern. Holding heeft vervolgens besloten het faillissement van Services aan te vragen.

De Hoge Raad overweegt dat Holding, gezien de gekozen structuur en de beslissing van Holding om in 2001 ondanks verliezen de bedrijfsvoering van Services op de oude voet te continueren, een bijzondere zorgplicht had jegens de crediteuren van Services. Immers, Holding heeft gekozen voor een wijze van bedrijfsvoering waardoor Services nooit aan haar eigen verplichtingen heeft kunnen voldoen. Daardoor zijn risico's voor crediteuren van Services ontstaan en deze risico's zijn verwezenlijkt doordat Holding heeft nagelaten in te grijpen. Holding is daardoor aansprakelijk voor het gehele faillissementstekort, dus jegens alle schuldeisers, van Services.

De moedermaatschappij die haar dochter in een financieel afhankelijke positie brengt en daarbij lange tijd de onderneming ondanks toenemende verliezen laat voortbestaan, kan dus niet zomaar "de stekker eruit trekken" bij de dochter. De zustermaatschappij van Services, Comsys, kwam in deze procedure uiteindelijk met de schrik vrij. De Hoge Raad oordeelde dat het enkel verlenen van medewerking door Comsys aan de door Holding opgezette constructie niet onrechtmatig was. Voor doorbraak van aansprakelijkheid naar een andere rechtspersoon is dus nog steeds vereist dat aan die rechtspersoon een eigen laakbaar handelen of nalaten kan worden verweten.

Adriaan de Buck, advocaat

Disclaimer

Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van KienhuisHoving N.V. mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier. Tegen het forwarden van de nieuwsbrief in zijn geheel aan derden bestaat geen bezwaar, mits dit gebeurt in ongewijzigde vorm, zonder commentaar en met volledige bronvermelding (bestaande uit: "Nieuwsbrief Ondernemingsrecht, KienhuisHoving N.V., www.kienhuishoving.nl").

De informatie in deze nieuwsbrief, die kosteloos wordt verspreid, is bedoeld ter voorlichting van cliënten en andere relaties en kan niet worden gebruikt als advies in individuele situaties. In die gevallen kan vanzelfsprekend een op de specifieke situatie toegesneden deskundig advies worden gegeven.

Hoewel deze nieuwsbrief met de grootst mogelijke zorgvuldigheid tot stand is gekomen, aanvaardt KienhuisHoving geen enkele aansprakelijkheid voor eventuele fouten of andere onjuistheden (of de gevolgen daarvan).

© 2010 KienhuisHoving N.V.

Als u deze nieuwsbrief niet meer wilt ontvangen, klik dan [hier](#).

