

# Ondernemen in zwaar weer

## Civielrechtelijke aspecten



mr. drs. Michiel van Eersel

1

## Inleiding

- Introductie
- Opzet: civielrechtelijke >>> ondernemingsrechtelijke aspecten
- Onderwerpen
  1. Bestuurdersaansprakelijkheid:
    - a. Interne aansprakelijkheid
    - b. Externe aansprakelijkheid (inclusief basics lw)
    - c. Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement
  2. Vaststelling en deponering van de jaarrekening
  3. Dividenduitkering: liquiditeits- en balanstest
  4. Bedrijfsfinanciering: behouden van krediet bij de bank of andere financiers

2

## Inleiding (2)

- **Afbakening onderwerp: niet op de agenda**
  - Aansprakelijkheid van bestuurders als feitelijk leidinggever in het (bestuurs-)strafrecht
  - Fiscaal recht, w.o. aansprakelijkheid voor belastingschulden
  - Arbeidsrecht
- **Perspectief van de bestuurders, w.o. DGA:**
  - Statutair bestuurders
  - Zij die bestuursdaden verrichten (titulair bestuurders)
  - Pseudo-bestuurders
  - Trustbestuurders

3

## Onderwerp 1: Bestuurdersaansprakelijkheid

- **Interne** bestuurdersaansprakelijkheid
- **Externe** bestuurdersaansprakelijkheid
  - Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover een crediteur
    - Aangaan onvervulbare verplichtingen
    - Verhaalsfrustratie
    - Selectieve betaling
    - Restcategorie
  - Externe bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement

4

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

- Aansprakelijkheid van de statutair bestuurder jegens de vennootschap
- Grondslag: wanprestatie resp. art. 2:9 BW
- Uitgangspunt: geen aansprakelijkheid tenzij

5

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

### Artikel 2:9 BW: hoofdelijke interne aansprakelijkheid

>>> In te stellen door vertegenwoordigingsbevoegde

*1. Verplichting tot behoorlijke vervulling bestuurstaak*

*2. Elke bestuurder verantwoordelijk voor algemene gang van zaken.*

*Voor geheel aansprakelijk ter zake van **onbehoorlijk bestuur***

***tenzij** hem mede gelet op taakverdeling geen **ernstig verwijt** kan worden gemaakt*

***en** niet nalatig in treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden*

6

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

- Vereist: ernstig verwijt
- Bewijslastverdeling (persoonlijk)
- Impliceert mate van toezicht op medebestuurders
- Sterke afhankelijkheid van omstandigheden van het geval:
  - beschikbare informatie?
  - taakverdeling binnen bestuur?
  - aard van de onderneming en bijbehorende ondernemingsrisico's?

7

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

### Ernstig verwijt:

1. Als geen redelijk handelend bestuurder onder gelijke omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.
- = Alleen bij onmiskenbare tekortkoming + wv vennootschap dupe (cv)+ voorzienbaar
2. Geobjectiveerde toets: wat mag in de omstandigheden worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult?

8

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

### Ernstig verwijt: [niet limitatief]

- Onttrekken van middelen aan de rp (bv naar privé)
- Vermengen van privé zaken met rp zaken, w.o. concurrentie (incl. corp. opp.)
- Onbevoegd verbinden van rp aan derden
- Nemen van onnodig grote financiële risico's (waaronder aansprakelijkstelling/zekerheid stellen in concernverband of jegens derden)
- Niet tijdig opstellen jaarrekening
- Ontoelaatbare (goedkeuring) dividenduitkering BV: balanstest + liquiditeitstest
- Onderkapitalisatie, verwaarlozen kredietbewaking en verzekeringspositie

9

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

### Ernstig verwijt: [niet limitatief]

- Falend risicomangement: Coronarisico's?
- Falende herstructurering voor post-Corona tijdperk?
  - Doorvoeren sterfhuisconstructie/ ring-fencing
    - Tegengaan verlies verhaalsmogelijkheden
    - Vastleggen intercompany verhoudingen en zakelijkheid transacties
  - Anticiperen op (re)actie van de bank en andere financiers
    - Eisen nieuwe businessplannen en aanvullende zekerheden
    - Verhogen risico-opslag
    - Opeisen leningen en uitwinnen bestaande zekerheden
- Toelaten van struikrovers

10

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid

### Beschermingsgedachte

Handelen in strijd met wettelijke, statutaire of andere bepalingen die de rp beogen te beschermen vormen sterke aanwijzing voor aanwezigheid ernstig verwijt

11

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid: kortom

- Vordering van de rechtspersoon op de bestuurder
- In faillissement; exclusieve bevoegdheid van de curator (naast EBF-2:138/248 BW)
- Hoofdelijke aansprakelijkheid met disculpatiemogelijkheid individuele bestuurder
- Décharge bevrijdt bestuurder van **interne** aansprakelijkheid jegens de vennootschap
  - Separaat déchargebesluit vereist (vaststelling jaarrekening niet voldoende)
  - Tav informatie die aan de AvA bekend is

12

/ BERKWAY

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid – verjaring

- Vordering verjaart door verloop van vijf jaar nadat de benadeelde rechtspersoon zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geraakt (art. 3:310 BW)
- Zolang bestuurder nog in functie is: doorlopen verjaringstermijn totdat zes maanden zijn verstreken na defungeren van de bestuurder (art. 3:321 lid 1 sub d jo. artikel 3:320 BW)

13

/ BERKWAY

## EXTERNE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

= tegenover een crediteur

14

## EBTC

- **Uitgangspunt:** geen aansprakelijkheid jegens derden

*Tenzij:*

- Misbruik rp. ter voorkoming persoonlijke aansprakelijkheid// + art. 2:11 BW rp-bestuurder
- Misleidende cijfers toestand vennootschap (hoofdelijke aansprakelijkheid) (art. 2:139/249 BW) – bewijslast bij disculperende bestuurder
- Schending zorgplicht door bestuurder: OD (art. 6:162 BW)

15

## EBTC

- **Persoonlijk ernstig verwijt:**
  1. op grove wijze veronachtzamen belangen derden met voorzienbare schade als gevolg
  2. handelen in strijd met statutaire bepaling die individuele aandeelhouder beoogt te beschermen
- Beginsel van collectieve aansprakelijkheid geldt niet (vs interne b.a.)
- Bewijslastverdeling (idem)
- Ruime groep bestuurders (idem)
- Verschillende subcategorieën vgl. jurisprudentie:
  - I. Aangaan onvervulbare verplichting: lichtvaardig binden (nieuwe ovk)
  - II. Verhaalsfrustratie: wanpresteren (bestaande ovk)
  - III. Selectieve betaling
  - IV. Restcategorie

16



## EBTC

hoge drempel vanwege:

- I. primair handelingen van de rechtspersoon; en
- II. maatschappelijk belang: voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten beperken.

17

## EBTC

### **Cat. I: Lichtvaardig binden: nieuwe verplichtingen**

*“(..) persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap **aangaan van verbintenissen** wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (...).”*

18

## EBTC

### Omslagpunt:

*“Zij hebben daarbij miskend dat in kwesties als de onderhavige, en ook hier, sprake is van een keten van gebeurtenissen, die bij de betrokkenen het inzicht had moeten doen groeien dat hun handelwijze niet (langer) geoorloofd is. In verband met de ingestelde vordering is onvermijdelijk dat een tijdstip wordt gemarkeerd vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt.”*

### Wanneer?

19

## EBTC

### Voorbeeld

*“Het verwijt dat in het onderhavige geval aan de bestuurder wordt gemaakt is dat hij namens de vennootschappen een verplichting is aangegaan – tot het verstrekken van een eerste pandrecht aan [schuldeiser] op de door deze gefinancierde auto’s – waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen.”*

20

## EBTC

### Cat. II: Verhaalsfrustratie: bestaande verplichtingen

*“Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.”*

21

## EBTC

- Doorverkoop van in consignatie gegeven objecten tegen dumpprijs
- Onttrekken van verpand object aan de macht van de pandhouder

22

/

BERKWAY

## EBTC

### Cat. III: Selectieve (wan-)betaling

**Geen alg. verplichting** om alle crediteuren evenredig te betalen, tenzij

- Bestuurder wist/moest begrijpen dat andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en rp geen verhaal zou bieden (cat. II): **OF**
- Bijzondere omstandigheden:
  1. Bedrijfsactiviteiten waren beëindigd; **EN**  
Activa waren aangewend om intercompany vorderingen te voldoen; **OF**
  2. Persoonlijk belang bestuurder

23

/

BERKWAY

## EBTC

*“Een bestuurder van een financieel noodlijdende onderneming zal de onderneming moeten staken als er redelijkerwijs geen mogelijkheid meer bestaat deze te laten continueren. In de periode voordat het zover is, kan echter van zo’n bestuurder worden gevergd om te proberen de onderneming in enigerlei vorm voort te zetten. **Onderdeel van zo’n reddingspoging kan juist een zekere mate van selectieve betaling zijn**: die wederpartijen die de onderneming nodig heeft om haar bestaan veilig te stellen, worden uit overlevingsbelang eerder betaald.” [...]*

*“Bij een beoordeling met wijsheid achteraf, zal als criterium hebben te gelden of de bestuurder ten tijde van zijn handelen redelijkerwijs – gegeven de situatie waarin de onderneming op dat moment verkeerde – nog kon beslissen om tot selectieve betaling over te gaan, of dat hij de onderneming had moeten staken.”*

24

## EBTC – sb – conclusie uitgangspunt

- Selectieve betaling is niet onrechtmatig, tenzij...
- Ruimte om bijv. dwangcrediteuren bij voorrang te betalen in poging faillissement af te wenden
- Als dat niet lukt:
  - curator (of onbetaald gebleven schuldeiser) moet bewijzen dat bestuurder wist of behoorde te weten dat selectieve betaling overige crediteuren onbetaald zou laten
  - bij beëindiging activiteiten en betaling aan gelieerde partij of bij persoonlijk belang bestuurder → omkering bewijslast: bestuurder moet rechtvaardigingsgrond aantonen

25

## EBTC – sb – praktijk: 2 fasen

### Fase 1 – Reddingsfase

- Voortbestaan onderneming in gevaar
- Continuïteit te waarborgen door adequate maatregelen:
  - Reële oplossingen mogelijk in overleg met stakeholders
  - Onderneming is nog “going concern”
    - nog voldoende liquiditeit, of
    - reëel zicht op korte termijn oplossing van liquiditeitstekort

26

## EBTC – sb – praktijk: 2 fasen

### Fase 2 – Insolventiefase

- Onderneming is materieel insolvent
- Geen kans op overleving:
  - geen gefinancierd herstructureringsplan beschikbaar
  - mogelijke oplossingen (zoals M&A) blijken onhaalbaar

27

## EBTC – sb – praktijk: reddingsfase

### Nog in de reddingsfase? → algemene plicht om in te grijpen

- Ingrijpen is onderdeel bestuurstaak
  - herstructurering onderneming tbv deelname economisch verkeer
- Bestuur moet onderzoeken of en hoe continuïteit veiliggesteld kan worden
- Doet bestuur dit niet: onbehoorlijke taakvervulling >>> EBTC

28

## EBTC – sb – praktijk: reddingsfase

### Concrete maatregelen:

- Continu monitoring situatie vennootschap: managementinformatie
- Regelmatige bestuursvergaderingen:
  - bespreken financiële situatie, w.o. liquiditeitspositie
  - evalueren reorganisatievooruitzichten, positieve en negatieve ontwikkelingen
  - overwegen of onderneming – gelet op alle omstandigheden – door kan
  - nauwkeurig vastleggen besluitvorming
- Benoeming financieel adviseur (en evt. reorganisatie projectteam/steerco)

29

## EBTC – sb – praktijk: reddingsfase

### Concrete maatregelen:

- Onderzoeken materiële contracten op tekortkoming (default) > opeisbaarheid
- Bepalen kwaliteit financiële informatie
  - up to date budgetten, cash balance, cash flow projecties
- Controleren D&O verzekering (verzekerd bedrag, uitloopdekking, etc.)

30

## EBTC – sb – praktijk: reddingsfase

### Vorbereitung contingency plan:

- Efficiënte liquidatie van onderneming met zo min mogelijk waardeverlies
- Ter voorkoming van verdere schade voor derden (zoals leveranciers en afnemers)
- Tot begin insolventieprocedure

### Vorbereitung aanvraag surseance en schuldeisersakkoord / aanvraag faillissement

### Vorbereitung M&A /VDD

- Inrichten datarooms, onder andere:
  - overzicht (dwang)crediteuren
  - overzicht doorstart mogelijkheden (binnen en buiten procedure)
  - overzicht onmisbare werknemers
  - overzicht materiële contracten
  - overzicht financieringen

### Vorbereitung persberichten en interne briefings

31

## EBTC – sb – praktijk: omslagpunt

- Van reddingsfase naar insolventie: **omslagpunt?**

Moment waarop bestuur weet of redelijkerwijs behoort te weten dat  
>>> insolventie van onderneming (nagenoeg) onafwendbaar is

>>> geen “going concern” oplossingen meer voorliggen:

→ Surseance: reorganisatie met mogelijkheid (dwang)akkoord onderzoeken

→ Faillissement: geen reële kans dat ondern. verplichtingen kan voldoen

- Belang gezamenlijke crediteuren voorop stellen

32



/ BIRKWAY

## EBTC – sb – praktijk: omslagpunt

### LET OP VOOR FISCALE SCHULDEN

*Normaal is:*

- selectieve betaling toegestaan
- fiscus heeft geen voorrang, ook niet door voorrang in faillissement

*Vlak voor faillissement wordt dat anders:*

- w&w niet betalen belastingschuld kan leiden tot EBTC
- bestuurder moet rekening houden met preferentie fiscus na faillietverklaring

33

/ BIRKWAY

## EBTC – sb – praktijk: insolventiefase

Feitelijke liquidatiefase – verandering taak bestuur – uitvoeren contingency plan

1. Besluitvorming t.a.v. aanvraag surseance / faillissement (incl. goedkeuring RvC en AvA)
3. Uitloopdekking onder D&O polissen afsluiten
4. Aanvraag surseance / faillissement

34

## EBTC – sb – bijzonder geval

1. Bestuurder Z stelt bank toekomstige bate (= betaling debiteur X) in het vooruitzicht voor “aanzuiveren saldo”
2. Bank zet krediet voort
3. Z bewerkstelligt dat betaling niet wordt gebruikt voor aflossing, wel betaling andere crediteuren
4. Hoge Raad (2010):
  - In beginsel: selectieve betaling mag
  - “aanzuiveren saldo” is toezegging betaling debiteur X te gebruiken voor aflossing kredieten
  - Toezegging is zelfstandige bron van verbintenis
  - Belofte maakt schuld → ernstig verwijt Z

35

## EBTC

### Cat. IV: restcategorie

Voorbeeld:

*“Hanzevast Beleggingen heeft, namens de daartoe speciaal door haar opgerichte lege projectvennootschap Hanzevast III, de onderhandelingen met G4 c.s. gevoerd en de koopovereenkomst ondertekend. Ingevolge de koopovereenkomst tussen Hanzevast III en G4 mocht laatstgenoemde ervan uitgaan dat Hanzevast Beleggingen ervoor zou zorgdragen dat Hanzevast III **van voldoende financiële middelen zou worden voorzien** om op het moment van levering van de kantoorruimte de koopsom te kunnen voldoen. Ook Hanzevast Beleggingen was zich ervan bewust dat G4 daarvan uitging en om die reden **geen zekerheden had bedongen**. [...]*

*Naar het oordeel van het Hof is van onrechtmatigheid eveneens sprake in het onderhavige geval, waarin Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III de **ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden** heeft ingeroepen, daaruit een schadevordering van G4 jegens Hanzevast III is voortgevloeid en Hanzevast Beleggingen nalaat ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om die schadevordering te kunnen*

36

## Basics aansprakelijkheid obv Invorderingswet

*Artikel 33 - hoofdelijk aansprakelijk voor de rijksbelastingen, verschuldigd door:*

- a. *een lichaam zonder rechtspersoonlijkheid of een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat niet volledig rechtsbevoegd is: **ieder van de bestuurders**;*
- b. *een niet in Nederland gevestigd lichaam: de leider van zijn vaste inrichting in NL dan wel zijn in Nederland wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger;*
- c. *een lichaam dat is ontbonden: ieder van de met de vereffening belaste personen - met uitzondering van de door de rechter benoemde vereffenaar - voor zover het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur, met dien verstande dat geen aansprakelijkstelling kan plaatsvinden indien na de ontbinding drie jaren zijn verstreken.*

*Degene die op grond van a of b aansprakelijk is, is niet aansprakelijk voor zover hij bewijst dat het niet aan hem is te wijten dat de belasting niet is voldaan.*

37

## Basics aansprakelijkheid obv Invorderingswet

*Artikel 33a – “verhaalsfrustratie”*

*1 Hoofdelijk aansprakelijk voor de rijksbelastingen verschuldigd door degene die een onverplichte handeling heeft verricht als gevolg waarvan de ontvanger is benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden, is **iedere begunstigde van die handeling tot ten hoogste het bedrag van de begunstiging**, mits de belastingschuldige en de begunstigde wisten of behoorden te weten dat benadeling gevolg van die handeling zou zijn.*

*2 Vermoeden van weten of behoren te weten indien de ontvanger aannemelijk maakt dat de handeling die tot de benadeling heeft geleid:*

- a. *onderdeel van een verhaalsconstructie is;*
- b. *tot stand is gekomen in of na het tijdvak waarin de belastingschuld materieel is ontstaan dan wel op of na het tijdstip waarop de belastingschuld materieel is ontstaan; en*
- c. *is verricht door of namens een gelieerde natuurlijk persoon of een gelieerd lichaam.*

38

## Basics aansprakelijkheid obv Invorderingswet

### Artikel 36 – “bestuurdersaansprakelijkheid”

1 Hoofdelijk aansprakelijk is voor de loonbelasting, de omzetbelasting [e.a.], verschuldigd door volledig rechtsbevoegde aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen rechtspersoon: ieder van de bestuurders.

### 2 Verplichting tot melding betalingsonmacht

- a. verantwoordelijkheid van bestuur, elke bestuurder is bevoegd
- b. binnen twee weken nadat belasting betaald had moeten worden
- d. formulier

39

## Basics aansprakelijkheid obv Invorderingswet

### Artikel 36

3 Als aan meldplicht voldaan, bestuurder aansprakelijk als aannemelijk dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten **kennelijk onbehoorlijk bestuur** in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling.

4 Als niet (correct) aan meldplicht voldaan, bestuurder aansprakelijk, waarbij vermoed dat de niet betaling aan hem is te wijten en 3-jaars periode gaat in op het tijdstip waarop het lichaam in gebreke is. Bestuurder mag aannemelijk maken dat de niet nakoming van de meldplicht niet aan hem te wijten is.

### 5 “Bestuurder” omvat:

- a. de gewezen bestuurder tijdens wiens bestuur de belastingschuld is ontstaan;
- b. (mede-)beleidsbepaler van
- c. igv bestuurder van een lichaam een lichaam in de zin van de Awr: ieder van de bestuurders van laatstbedoeld lichaam.

40

## EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID IN GEVAL VAN FAILLISSEMENT

41

## EBF

### **Artikel 2:138 en 2:248 BW**

Lid 1: *“In geval van faillissement van de vennootschap 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, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.”*

42

## EBF

- Exclusieve actie van de faillissementscurator
- Criterium: kennelijk onbehoorlijk bestuur (k.o.b.) als oorzaak faillissement
- Hoofdelijke aansprakelijkheid, met disculpatie individuele bestuurder
- Aansprakelijkheid ziet op het gehele faillissementstekort
- Décharge staat niet aan deze aansprakelijkheid in de weg
- Ruime groep bestuurders

43

## EBF

### **KENNELIJK onbehoorlijk bestuur:**

- “Evident”
- Uitgangspunt: beleid dat geen bestuurder met vereiste bekwaamheid zou hebben uitgevoerd
- <>
- Vgl. criterium art. 2:9 BW: Als geen redelijk handelend bestuurder onder gelijke omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld
- 3 jaren voorafgaand aan het faillissement

44

## EBF

### Omkering bewijslast (artikel 2:138/248 lid 2 BW)

- **Niet tijdig publiceren jaarrekening** (art. 2:394 BW), uiterlijk 12 maanden na afloop van het boekjaar, ontbreken accountantsverklaring is in beginsel schending publicatieplicht (HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2)
  - **Niet voldoen aan de administratieplicht** (art. 2:10 BW)
- >>> Onweerlegbaar rechtsvermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur
- >>> Weerlegbaar rechtsvermoeden dat dit k.o.b. een belangrijke oorzaak is van het faillissement

NB: geldt onder Wbtr niet voor verenigingen en stichtingen, tenzij statuten in notariële akte opgenomen en onderworpen aan VPB OF verplichte financiële verantwoording conform titel 9 (schakelbepalingen)

45

## EBF

### Afweren aansprakelijkheid:

- Verzuim is onbelangrijk
- Individuele disculpatie:
  - onbehoorlijke taakvervulling bestuur niet aan hem te wijten is;
  - en** niet nalatig geweest in treffen van maatregelen
- Geen causaal verband k.o.b en faillissement: “andere belangrijke oorzaak”

**BETER:** goed administreren en tijdig deponeren

46

## Onderwerp 2: Vaststelling en deponering van de jaarrekening

- Stat. bestuur verplicht jaarrekening **opmaken** binnen **5 mnd** (2:210 BW)
  - Ondertekenen (voorziening KvK), tenzij oneens of langdurig belet
- AvA kan uitstel van **opmaken** verlenen met maximaal **5 mnd**
  - Cijfers nog niet bekend
  - Onenigheid bestuur en RvC
  - Onzekerheden mbt waardering posten
  - Calamiteiten waardoor administratie verloren is gegaan
- AvA **vaststellen** jaarrekening binnen **2 mnd**
- Bestuur verplicht binnen **8 dagen** na vaststelling **deponeren** bij KvK (2:394 BW)
- **Deponeren** moet uiterlijk binnen 12 maanden na ultimo boekjaar bij KvK (civiel + sr.)

47

## Onderwerp 2: Vaststelling en deponering van de jaarrekening

- Als geen vaststelling >> deponeren **niet-vastgestelde** jaarrekening uiterlijk 7 resp. 12 mnd na ultimo boekjaar bij KvK
- Uitzondering als alle adh tevens bestuurder of commissaris: ondertekening = vaststelling
  - >>> dan deponeren uiterlijk 5 mnd +8 dgn (8 juni) of 5 + 5 mnd + 8 dgn (8 november)

48



## Onderwerp 2: Vaststelling en deponering van de jaarrekening

- Stemmen tegen vaststelling vergt onderbouwing aandeelhouder
- Niet-vaststelling?
- Te deponeren niet-vastgestelde jaarrekening is geen voorlopige of concept jr  
>>> cijfers moeten kloppen vs aansprakelijkheid wegens misleiding
- Deponeren op zelfde wijze als vastgestelde jaarrekening, met vermelding op jr. dat niet is vastgesteld
- Als accountantsverklaring verplicht bij vastgestelde jr, dan ook bij te deponeren niet-vastgestelde jr.

49

## Onderwerp 2: Vaststelling en deponering van de jaarrekening

- Eenmaal vastgestelde (en gedeponeerde) jr. kan niet worden herroepen/teruggehaald
- Deponeringsplicht geldt tot datum opheffing rechtspersoon, ook tijdens faillissement
- In faillissement blijft verplichting mbt tot boekjaren voor faillissement
- Mogelijkheid van ontheffing (verplichting tot opmaken, voorleggen en vaststellen, RVO):
  - Als geen financiële middelen aanwezig zijn en de stukken bij de curator liggen
  - Overmacht: brand, diefstal of inbeslagname door FIOD of justitie

50

/ BIRKWAY

## Onderwerp 3: Dividenduitkering - uitkeringstoets

- Balanstest

BV mag alleen mag uitkeren vzw EV > wettelijke of statutaire reserves (zoals de herwaarderings- en deelnemingsreserves). Overschrijding > onverschuldigd

- Liquiditeitstest

BV moet na de uitkering haar opeisbare schulden kunnen blijven betalen. Alleen **bestuur** kan beoordelen > goedkeuring vereist (evt. impliciet door betaling).

- Zonder > onverschuldigd
- Met:
  1. hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders voor **tekort** + wr (2:9 BW) ingeval (behoren te) weten dat test niet gehaald
  2. aansprakelijkheid aandeelhouders voor bedrag dividenduitkering ingeval (idem)

51

/ BIRKWAY

## Onderwerp 3: Dividenduitkering - uitkeringstoets

Bestuur moet circa **een jaar** vooruit kijken (schulden die opeisbaar **worden**), of langer igv:

- Relatief grote aflossingsverplichtingen (incl. fiscaal) kort daarna;
- Corona?

Belangrijke factoren:

- Liquiditeit, solvabiliteit, rentabiliteit en financierbaarheid

>>> geen voorgeschreven ratio's: maatwerk

- Onderbouwing goedkeuring - adequate financiële cijfers (commercieel, niet fiscaal)

>>> laatste jr. (<> verouderd) of tussentijdse balans (<> voorlopig)

52

## Onderwerp 3: Dividenduitkering - uitkeringstoets

- Bij opstellen jr. al rekening houden met uitkeringstest als winstbestemming of dividendvoorstel opgenomen (ter vaststelling AvA)
- Periode tussen goedkeuring en uitkering zo klein mogelijk: moment van betaling beslissend voor aansprakelijkheid. Anders 2x testen
- Geldt ook voor interim dividend, terugbetaling op aandelen, inkoop van eigen aandelen. Ook intra-concern

53

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – positie van de bank

**Sleutelrol** in continuïteit, crediteurenakkoord en doorstart (m.n. sterfhuisconstructie en WHOA)

- **Behoud** van krediet (evt. alternatieve financiers)
- Cruciaal voor doorstart – **overdracht** (anders dan in normale bedrijfsuitoefening)
  - toestemming overdracht van verpande/verhypothekeerde activa
  - aanwending koopsom verpande zaken voor aflossing krediet
    - Bij tekort: uitwinnen persoonlijke zekerheden
- Cruciaal voor doorstart – **financiering**
  - financiering koopsom
  - verschaffing startkapitaal
  - financiering sanering werknemersbestand
  - afkoop van verplichtingen na de doorstart

54

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – sterfhuis

Maar let op risico's bij faillissement sterfhuis: acties curator

- **bestuurdersaansprakelijkheid**
  - activa verkopen tegen te lage = niet-markconforme vergoeding (<> bedrieglijke bankbreuk)
  - selectief aanwenden van de koopprijs (m.n. management fees, dividend)
  - onrechtmatig betalen van management fees aan de bestuurders
  - bewust onjuist opzetten van een sterfhuisconstructie
- **vernietiging** overnameovereenkomst wegens tegenstrijdig belang, m.n. bijzondere verhouding partijen, bv familie- of concernrelatie
  - creëren onafhankelijkheid, voorzien in statuten ed.
- **vernietiging** (deel) overnameovereenkomst wegens te lage prijs – benadeling van de boedel (*actio pauliana*) (idem)
  - onderhandeling met curator

55

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – WHOA

- Vgl. Chapter 11 “dwangakkoord”, gemiddeld uitkeringspercentage c.c.: 52%
- Voorwaarden:
  - Insolventie aannemelijk
  - Doel: herstructurering of beter verdelingsresultaat dan in faillissement
  - Tenminste 1 cat./klasse van crediteuren/adh steunt
  - Redelijkheid
    - Geen aanmerkelijk slechtere positie dan in faillissement
    - Eerlijke verdeling (= conform rangorde) tenzij instemming klasse(n)
    - Igv recht op uitkering in geld > in meerderheid tegenstemmende klasse >> recht op uitstappen >>> uitkering in geld)

56

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – WHOA

- Initiatief bij crediteur(en) of aandeelhouder(s) >> verzoek aanwijzing herstructureringsdeskundige
- Initiatief bij schuldenaar >> verzoek aanwijzing hsd. niet verplicht
- Gevolg (homologatie) akkoord:
  - wijziging recht op nakoming
    - (ged.) kwijtschelding
    - uitstel van betaling
  - Wijziging aandeelhoudersrechten: debt for equity swap (emissieregels buiten toepassing)
- Aanbieding akkoord kan worden beperkt tot bepaalde groep (bv financiers wel en concurrente handelscrediteuren niet)

57

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – WHOA

- Alleen in aanmerking als:
  - Klassen met gelijke of hogere rang met vereiste meerderheid instemmen (= met afwijking rangorde waarop verhaal te halen); OF
  - Schuldenaar redelijke grond aanvoert om bepaalde SE niet mee te nemen (welke dus niet deel van het tekort dragen) en SE met gelijke of hogere rang niet in belangen worden geschaad
- Startbrief vs verzoek afkoelingsperiode of herstructureringsdeskundige (schorsende werking)

58

## Onderwerp 4: Bedrijfsfinanciering – WHOA

- Als verschillende categorieën (onvergelijkbare juridische positie in faillissement:
  - Indeling in klassen
  - Aansluitend voorstel per klasse
  - Afzonderlijke stemming in iedere klasse
  
- Bijvoorbeeld klassen voor:
  - Preferente schuldeisers
  - SE met eigendomsvoorbehoud of retentierecht
  - Concurrente SE

59

## Onderwerp 5: Aanpassing overeenkomsten

- Herstructurering >>> overeenkomsten
  
- Wijziging of ontbinding overeenkomst > constitutief vonnis
  
- C.V. kan niet in kort geding <> bodemprocedure duurt te lang
  
- Oplossing: vraag in kort geding om heronderhandeling (condemn. v.)
  
- Grondslagen >>>

60

## Onderwerp 5: Aanpassing overeenkomsten

- **Inhoud en uitleg** overeenkomst (Haviltex): heronderhandelingsplicht?
- **Aanvullende werking R&B** (6:248 lid 1 BW): idem?
- **Onvoorziene** (= onverdisc.) **omstandigheden** (6:258 BW): ontbinden of wijzigen > idem?
  - Naar maatstaven R&B mag ongewijzigde instandhouding niet worden verwacht <> wpij kan wel ontbinding + evt. sv vorderen
  - Terughoudende toets: "contract = contract"
  - Voor wiens rekening en risico? Vgl. "overmacht" toerekening tekortkoming
- **Derogerende/beperkende werking R&B** (6:248 lid 2 ):
  - *Beroep op ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in gegeven omstandigheden onaanvaardbaar*

61

## Onderwerp 5: Aanpassing overeenkomsten

### Cases Corona

Eerste uitspraak bodemprocedure: 21 januari 2021

- Gedwongen sluiting café/restaurant leidt tot 50% huurkorting stakingsperiode
- Huurachterstand rechtvaardigt geen ontbinding en ontruiming
- R&B vraagt om nieuwe balans in huurovereenkomst:

*"... sprake van een gebrek omdat huurder niet het huurgenot heeft dat hij bij het aangaan van de overeenkomst mocht verwachten. Bovendien hebben partijen deze pandemie en haar gevolgen niet in de huurovereenkomst verdisconteerd en mochten zij over en weer ook niet van elkaar verwachten dat dit wel het geval zou zijn." >> onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW*

62

BIRKWAY /

# Afsluiting

63

BIRKWAY /

## Dank voor uw aandacht

Michiel van Eersel

Birkway

J.J. Viottastraat 33  
1071 JP Amsterdam  
The Netherlands

michiel.vaneersel@birkway.com  
+31(0)6 8383 8668

W: birkway.com



CREATION DATE ON 11-5-2024

64