



Nieuwsbrief 2 juni 2015

Telefoon

0313 71 20 20

E-mail

info@advocatenkantoor-dka.nl

Website

www.advocatenkantoor-dka.nl

Het is al enige tijd geleden dat u een nieuwsbrief heeft ontvangen. De oorzaak is niet gelegen in het ontbreken van (juridisch) nieuws. Sterker: wellicht was de overdaad aan ontwikkelingen de oorzaak van het niet verschijnen van een nieuwe editie.

Advocatenkantoor DKA tracht u in goede tijden en slechte tijden te begeleiden. Voor deze nieuwsbrief is een selectie gemaakt van onderwerpen die betrekking hebben op deze perioden, waarbij de focus ligt op de faillissementsperiode.

Doen van eigen aangifte faillissement

Een moment kan ontstaan dat in uw vennootschap nauwelijks activiteiten plaatsvinden en de bezittingen nihil zijn. Hoe tot afwikkeling van uw onderneming over te gaan? U staan een aantal mogelijkheden tot beschikking. Overdracht van de aandelen behoort tot de mogelijkheden. Vanwege het feit dat het oprichten van een besloten vennootschap sinds 1 oktober 2012 (Invoering flexibilisering BV-recht) eenvoudiger en goedkoper is zal uit de markt wellicht geen koper komen. Alternatieven zijn ontbinding / turbo-liquidatie of het aanvragen van het faillissement. Laatst genoemde stap is mogelijk indien de vennootschap verkeert in de toestand te hebben opgehouden met betalen. Bij het zetten van deze stap dient u zich te realiseren dat een curator wordt aangesteld. De curator zal uw handelen als bestuurder controleren. U kunt zich dus in uw eigen voet schieten. Is een turbo-liquidatie een beter alternatief? Ook aan dit traject zitten voor- en nadelen verbonden. In ieder geval houdt u het heft meer in eigen hand. Rechtbank Den Haag overwoog op 10 februari 2012 (ECLI:NL:RBDHA:2015:1967) dat van de aandeelhouder / bestuurder mag worden verwacht dat hij aannemelijk maakt dat het belang van eigen aangifte dient te prevaleren boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. Het aanvragen van het eigen faillissement kan bij deze omstandigheden misbruik van bevoegdheid opleveren.

Indien de rechtbank het faillissement uitspreekt ben u nog niet veilig. Artikel 10 Faillissementswet bepaalt onder andere dat een belanghebbende zich tegen het faillissement kan verzetten. Is een curator te duiden als belanghebbende? Uit het vonnis van Rechtbank Overijssel, 11 mei 2015 (ECLI:NL:RBOVE:2015:2323) blijkt dat de rechtbank het antwoord niet weet. Zij stelt daarom een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: is de curator te duiden als een belanghebbende en kan de curator in verzet komen tegen een faillissementsvonnis waarbij hij constateert dat er geen actief is of actief valt te verwachten? Indien de vragen positief worden beantwoord treedt naar mijn smaak een ongewenste wijziging van de Faillissementswet in werking. Het toetsingskader is niet erin gelegen of sprake is van een actief of een actief valt te verwachten. Het toetsingskader heeft betrekking op het kunnen voortgaan met het betalen van de schulden. Indien er geen actief is of valt te verwachten dient de conclusie te zijn dat de curator 'snel' klaar is met zijn wettelijke taak.

De vennootschap onder firma gaat failliet, en ik als vennoot.....

Als vennoot van een vennootschap onder firma bent u aansprakelijk voor de schulden. Heeft het faillissement van de vennootschap onder firma het faillissement van de vennoot tot gevolg? De Hoge Raad heeft in het arrest van 6 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:251) deze vraag ontkennend beantwoord. Dit arrest laat onverlet dat wel het faillissement van de vennoten kan worden verzocht. Alsdan kan gescheiden behandeling plaatsvinden, omdat de vennoten een beroep kunnen doen op de wettelijke schuldsanering natuurlijke personen.

Moeder en dochter: samen uit, samen thuis

Het wil met enige regelmaat voorkomen dat u een transactie aangaat waarbij u uw holding en uw werkmaatschappij hoofdelijk verbindt voor de verplichtingen voortvloeiende uit een transactie. In deze situatie is sprake van hoofdelijke verbondenheid. Indien de werkmaatschappij met de wederpartij een kortingsafpraak maakt, verdient het aanbeveling om niet te vergeten de holding te verbinden voor deze kortingsafpraak.

Hoe dient een kortingsafpraak in de zogenaamde 403-verklaring te worden geplaatst? De Hoge Raad gaf op 3 april 2015 tekst & uitleg:

“3.6.1

Aan de onderdelen 2, 3 en 4 ligt het standpunt ten grondslag dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring niet verder gaat dan een aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsvennootschap voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Volgens de onderdelen vloeit dit voort uit de aard en strekking van een 403-verklaring in de context van de wet. Ook de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen, spreken slechts van garantstelling door de consoliderende vennootschap. Voor het onderhavige geval betekent dit volgens de onderdelen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer na de door [verweerster] met mr. Gerrits q.q. getroffen dading zich slechts uitstrekt tot de door de dadingsovereenkomst en finale kwijting beperkte schuld van € 25.000,--.

3.6.2

In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het Hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af.

In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens [verweerster], waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. In dit verband is van belang dat het middel niet opkomt tegen het in rov. 4.16.1 besloten liggende oordeel van het Hof dat de door [verweerster] en mr. Gerrits q.q. getroffen dading niet meebrengt dat [verweerster] op de voet van art. 6:9 lid 1 BW afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens Bia Beheer. Zoals het Hof vervolgens heeft overwogen, heeft deze dading ingevolge art. 6:7 lid 2 BW slechts tot gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door mr. Gerrits q.q. betaalde bedrag van € 25.000,--. Aan een en ander heeft het Hof in de slotzin van rov. 4.16.1 terecht de conclusie verbonden dat het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt.

3.6.3

De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie, leidt niet tot een ander oordeel. Daargelaten of juist is dat met de term ‘garantie’ een borgtocht is bedoeld, die Europese richtlijnen geven slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9). Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid.”

Boontje komt om zijn loontje?

U bent bestuurder van een rechtspersoon. Op datum X wordt het faillissement van uw vennootschap uitgesproken. Op gelijke dag geeft u een betalingsopdracht waarbij bedrag Y naar een derde wordt overgemaakt. Betaling vindt plaats uit de kredietlimiet. Indien u niet tegengehouden bent door 'dit voelt niet goed'-gevoel is de kans groot dat u de curator op uw pad tegenkomt. Daarnaast is de kans aanwezig dat uw bank zich bij u meldt. Waarom? U heeft in beginsel jegens haar onrechtmatig gehandeld, zo blijkt uit het vonnis van Rechtbank Overijssel, 21 januari 2015 (ECLI:NL:RBOVE:2015:1011). Naar het oordeel van de rechtbank heeft als uitgangspunt te gelden dat, ingevolge artikel 23 Fw, de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer verliest over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. De rechtbank oordeelde voorts dat de gedaagde wist of had moeten weten dat hij onbevoegd was tot betaling aan een derde op de dag van het uitspreken van het faillissement, omdat dit volgt uit de wet. Voorts had de gedaagde moeten weten dat de bank op grond van geldend recht gehouden is om dit bedrag aan de curator c.q. de faillissementsboedel te vergoeden. Hiermee heeft hij een op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens de bank geschonden.

Kort en goed: voorzichtigheid ten aanzien van de stappen voor het vallen van het doek is dus gewenst om te voorkomen dat u privé wordt meegezogen. Terwijl juist de achterliggende gedachte van een rechtspersoon is: scheiding van vermogen.