

Welkom

Gastcollege Ondernemingsrecht:

aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen..

..van rechtspersonen..

..waaronder: de flex BV

Zuyd Hogeschool 19 september 2014

Michel Rompelberg

Inleiding: kantoor

RRA Advocaten N.V.
Kerkstraat 4
6367 JE Ubachsberg
Voerendaal
045-5620540

www.rra.nl



Inleiding: kantoor

7 advocaten, gespecialiseerd in:

- **Vastgoedrecht**
- **Ondernemingsrecht/ faillissementsrecht/ bankrecht**
- **(Internat) Handelsrecht + Intellectuele Eigendom**
- **Arbeidsrecht**

6 ondersteunende medewerkers

Inleiding: spreker

Mr. Michel Rompelberg

- **Advocaat sinds 1995**
- **Penningmeester Orde van Advocaten Limburg**
- **Lid cie. Faillissementsrecht: curatoren / rechtbank**

- **Gespecialiseerd in:**
 - **Faillissementsrecht (lid INSOLAD)**

- **Aansprakelijkheid van derden:**
 - **bestuurders / beleidsbepalers**
 - **commissarissen**
 - **moederverenootschappen**
 - **banken**

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen:

- aansprakelijkheid: voor wat?
- aansprakelijkheid: jegens wie?
- rechtspersonen: wat, waarom, hoe?
- bestuurders en commissarissen
- interne aansprakelijkheid
- externe aansprakelijkheid
- strafrechtelijke en fiscale aansprakelijkheid
- aansprakelijkheid wegens onaanvaardbare uitkeringen
- aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad
- aansprakelijkheid moeder voor dochter

Aansprakelijkheid: voor wat?

- schade, door:
- “normoverschrijdend” handelen/ nalaten
- schadetoebrengend aan:
- de rechtspersoon en/of
- alle daarbij betrokkenen en/of
- derden

Aansprakelijkheid: jegens wie?

- **Intern:**
- **jegens de vennootschap en alle daarbij betrokkenen**

- **Extern:**
- **jegens derden, waaronder onbetaald gebleven schuldeisers (waaronder: fiscus)**

- **bij faillissement: jegens de curator q.q., die optreedt namens:**
- **de vennootschap**
- ***alle* schuldeisers**

Rechtspersonen: wat is dat?

Art. 2:1, 2:2 en 2:3 BW:

- (semi) overheid
- kerkgenootschap
- -----
- stichting
- vereniging
(coöperatie/waarborgmaatschappij)
- naamloze vennootschap
- besloten vennootschap (eventueel: Flex BV)
- buitenlandse rechtspersoon

Rechtspersonen: waarom?

- deelname economisch verkeer (onderneming)
- vermogensrecht:
 - rechtspersoon = natuurlijke persoon
- zelfstandig drager van rechten en verplichtingen
- beperking risico's
- continuïteit
- overdraagbaarheid

Rechtspersonen: hoe?

- **kapitaal: leden/ aandeelhouder(s): ALV/ AVA**
 - hoogste orgaan rechtspersoon
 - enqueterect
- **bestuur: directie/ RvB**
 - Eventueel via andere rechtspersoon
- **toezicht: RvT/ RvC**
 - vrijwillig
 - verplicht
 - semi-verplicht: bijvoorbeeld als financierings-eis

Vrijwillige aansprakelijkheid:

- stortingsplicht op aandelen (2:191 BW)
- statutaire verbintenissen (2:192 lid 1 BW)
- hoofdelijk medeschuldenaar
- borg(stelling)
- bankgarantie
- recht van pand en hypotheek
- 403-verklaring (2:403 BW)

Enkele hoofdregels:

- alle regels moeten worden nageleefd:
 - bij oprichting, én:
 - daarna
- de onderneming moet levensvatbaar zijn/blijven
- de boekhouding moet:
 - aanwezig zijn; en
 - kloppend zijn
- dan zijn bestuurders en commissarissen niet aansprakelijk (=hoofdregel)
- zo nee: dan dreigt persoonlijke aansprakelijkheid!

Onvrijwillige aansprakelijkheid:

- **2:9 BW** - interne aansprakelijkheid
- **2:180 BW** - bestuurder bij oprichting
- **2:203 lid 2-3:-** handelen namens BV i.o.
- **2:216 BW** - winstuitkering
- **2:248 BW** - aansprakelijkheid bij faillissement
- **2:249 BW** - misleidende jaarrekening
- **6:162 BW** - externe aansprakelijkheid
- **36 Iw 1990** - niet (tijdig) melden betalingsonmacht

Aansprakelijke personen (I):

- **bestuurder in formele zin:**
 - betekenis inschrijving handelsregister?
 - HR 23 nov 2001, JOR 2002,4 (Vlimeta)
- **ingehuurd bestuurder: 2:261 BW**
 - HR 17 nov 2006, JOR 2007, 7 (Bonbosch)
- **tweedegraadsbestuurder: 2:11 BW**
 - niet: feitelijk beleidsbepaler van rechtspersoon/
bestuurder: HR 28 april 2000, NJ 2000, 411
(Montedison)
 - wél: van statutair bestuurder van rechtspersoon die
aansprakelijk is als feitelijk beleidsbepaler: HR 14
maart 2008, JOR 2008, 152 (Blankenhoef)
 - **Buitenlandse tweedegraadsbestuurder:**
 - **Zie HR jurisprudentie inzake D-Group / My Guide**

Aansprakelijke personen (II):

- **bestuurder als werknemer RP:**
 - 6:170 BW
 - 7:658 jo 7:661 BW
 - 3:296 jo 6:74 BW
- **beleidsbepaler:**
 - 2:248 lid 7 BW
- **commissaris:**
 - 2:248 jo 2:259 BW
 - HR 28 juni 1996, NJ 1997,58 (Bodam Jachtservice)
 - Hof Den Haag 26 april 2005, JOR 2005, 171 (Aarlander Metaal)

Interne aansprakelijkheid: **(aansprakelijkheid *jegens* de rechtspersoon)**

- **aandeelhouder volstorting aandelen
2:90/199 BW**
- **bestuurder nakoming arbeidsovk: 6:74 BW**
- **onbehoorlijke taakvervulling: 2:9 BW**
- **(nieuwe tekst sinds 1 oktober 2013):**
 - **“elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak”**
 - **“tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld”**

Interne aansprakelijkheid: (aansprakelijkheid *jegens* de rechtspersoon)

- **Art. 2:129 lid 5 / 2:239 lid 5 BW:**
- **“bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”**
- **geldt óók voor commissarissen: 2:149/259**
- **toets voor interne aansprakelijkheid:**
- **“voldoende ernstig verwijt”:**
- **convergentie van normen!**

Interne aansprakelijkheid: **(aansprakelijkheid *jegens* de rechtspersoon)**

- voldoende ernstig verwijt:
 - NJ 1997, 360: Staleman/ van de Ven
 - JOR 1999, 146: Van Dooren qq/ Hendriks
 - JOR 2003, 134: Skipper club/ Jaarsma
 - NJ 2003, 455: Schwandt / BPF
 - JOR 2005, 119: Laurus
 - NJ 2000, 6: Kasgeld
 - NJ 2006, 659: Ontvanger/ X
 - NJ 2007, 240 Nutsbedrijf Westland
- hoge drempel (Willemsen/NOM):
 - “Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.”

Interne aansprakelijkheid: (aansprakelijkheid *jegens* de rechtspersoon)

- collectief / disculpatie: art. 2:9 lid 2 BW:
- elke bestuurder draagt in beginsel verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken:
 - “Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden”.

Interne aansprakelijkheid: **(aansprakelijkheid *jegens* de rechtspersoon)**

- **alle omstandigheden van het geval:**
 - aard van de activiteiten
 - daar uit voortvloeiende risico's
 - taakverdeling binnen bestuur
 - eventueel: voor het bestuur geldende richtlijnen
 - bekende informatie t.t.v. de verweten beslissing
- **“inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en die deze nauwgezet vervult”**
- **décharge: 2:101 lid 3 en 2:210 lid 3 en 5**
- **= vennootschap geeft recht op om bestuurder aan te spreken (kwijting)**
- **décharge gaat over “alles wat de AVA weet” en heeft alleen maar interne werking!**
- **décharge op basis van onjuiste informatie pleit bestuurders niet vrij!**



ROMPELBERG
RUITER ADVOCATEN

Externe aansprakelijkheid: **(aansprakelijkheid bestuurder jegens *derden*)**

- **wegens niet voldoen aan oprichtingsvereisten**
- **wegens niet volstorten aandelen**
- **wegens niet bekrachtiging van voor-handelingen**
- -----
- **wegens misleidende jaarrekening (2:149/249BW)**

Externe aansprakelijkheid:

(aansprakelijkheid bestuurder jegens *derden*)

- Oprichting, volstorting & bekrachtiging:
- RP ontstaat niet bij ontbreken van:
 - door notaris ondertekende akte
- inschrijving handelsregister: 2:69/180 BW
- storting minimumkapitaal: 2:69 BW
(in beginsel niet meer bij BV)
 - kasrondje?
 - duurzaam ter beschikking van de RP?
- bekrachtiging: 2:93/203 BW (aansprakelijkheid oprichter voor niet-nakoming bekrachtigde rechtshandeling, met bewijsvermoeden indien BV 1 jaar na oprichting failleert)

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- iedere bestuurder / commissaris
- jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk
- voor het faillissementstekort (inclusief boedelkosten en kosten procedures c.a.)
- bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling; én
- aannemelijkheid belangrijke oorzaak faillissement
- drie jaar voorafgaand aan faillissement

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- aansprakelijkheid ex art. 2: 138/ 248 slechts aan de orde indien schuldeisers schade hebben geleden door:
- verwijtbaar, ernstig, onverantwoordelijk en/of onbezonnen bestuur
- “geen redelijk denkend bestuurder zou onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld hebben”
- dus niet door:
 - onopzettelijke domheden
 - beleidsfouten
 - normale ondernemersrisico's

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- **bewijsvermoeden:**
- **bij schending van:**
 - 2:10 BW (administratie opmaken en bewaren)
 - 2:394 BW (tijdig deponeren jaarstukken)
- **staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast; en**
- **wordt vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur “een belangrijke oorzaak is van het faillissement”**
- **moeilijkheden / tegenbewijs:**

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- 2:10 BW (administratie opmaken en bewaren):
 - geen strak omliggende eisen “administratie”
 - perfectie is niet vereist
 - indien verzuimen zijn hersteld komt de curator geen actie meer toe
- HR 11-6-1993, NJ, 1993,713 (Kempers & Sarper):

“toets of snel inzicht kan worden verkregen in debiteuren- en crediteurenpositie, en of deze positie (samen met liquiditeiten) een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van RP (gezien de aard en omvang van de RP)”

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- 2:10 BW (administratie opmaken en bewaren):
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013, 237 (Landis):
- maatstaf Kempers & Sarper is te beperkt:
- “voor redelijk inzicht in vermogenspositie is nodig dat de automatisering goed functioneert, dat men snel inzicht kan krijgen in omvang debiteuren, en intercompany-schulden en -vorderingen, én de positie van de voorraden”
- Idem: Rb. Noord-Nederland, 4 december 2013, JOR 2014, 64.

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- 2:394 BW (tijdig deponeren jaarstukken):
- termijn publicatieplicht: 13 maanden (2:394 lid 3)
- HR: streng op publicatieplicht, echter:
- onbelangrijke verzuimen tellen niet mee; en
- ruimte voor *verklaarbare* overschrijding publicatietermijn

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- **overschrijding publicatietermijn met enkele dagen is onbelangrijk. Langere overschrijding wordt getoetst aan "omstandigheden"**
- **HR 11-6-1993, NJ, 1993,713 (Kempers & Sarper): 12 dagen te laat = onbelangrijk verzuim**
- **HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfennings/Niederer): 17 dagen te laat = *niet* onbelangrijk verzuim:**
- **alle omstandigheden van het geval / redenen voor termijnoverschrijding zijn van belang**

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- hogere eisen aan deze redenen, naarmate overschrijding langer is
- HR 12 juli 2013, JOR 2013, 300 (Apeldoornse asbestsanering): 28 dagen te laat wegens misverstand / verhuizing / dyslectie (HR: *zou* aanvaardbare verklaring kunnen opleveren voor overschrijding)
- HR 1 november 2013, 336 (Verify): 10 dagen + 6 maanden te laat wegens drukte accountant. 10 dagen = onbelangrijk verzuim, zes maanden waarschijnlijk niet

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- mogelijk tegenbewijs: faillissement óók veroorzaakt door externe factoren:
HR 23-11-2001, JOR 2002, 4 (Vlimeta)
- soms kan bestuurders verweten worden externe oorzaak niet te hebben voorkomen:
HR 30-11-2007, JOR 2008,29; Hof Arnhem 4-11-2008, JOR 2009, 99 (Blue Tomato)
- bestuurders / commissarissen zijn *collectief* verantwoordelijk en worden geacht elkaar tijdig te controleren en te corrigeren

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- **de bestuurder / commissaris die bewijst dat:**
 - **onbehoorlijke taakvervulling is niet aan hem te wijten; én**
 - **“dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden”**
- **is niet aansprakelijk ex art. 2:138/ 248 BW**
- **eenvoudig “protesteren” is niet genoeg**
- **bestuurder moet “alles wat in vermogen ligt” hebben gedaan**
- **indien dit niet helpt: onmiddellijk aftreden!**

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- **disculpatie: 2:248 lid 3 BW:**
 - **disculpatieruimte is beperkt**
 - **beroep op interne taakverdeling disculpeert niet**
 - **beroep op ziekte disculpeert soms**
 - **beroep op moment uittreden of toetreden disculpeert in beginsel wel**

WBF: art. 2: 138 / 248 BW (bij faillissement vennootschap)

- **Bestuurders:**
 - bestuurder in formele zin
 - beleidsbepalers
 - ingehuurd bestuurder
 - tweedegraadsbestuurder
 - drie jaar voorafgaand aan faillissement

- **Commissarissen:**
 - 2:138/248 BW óók van toepassing op commissaris
 - niet gehouden om zelf verplichtingen na te komen
 - toezicht houden op nakoming door bestuur
 - zich door bestuur tijdig laten inlichten/ adviseren
 - zo nodig: ingrijpen, schorsing/ ontslag bestuur(der)

Strafrechtelijke aansprakelijkheid bestuurder/ commissaris:

- **bestuurder strafbare rechtspersoon (51 Sr)**
- **publiceren onjuiste jaarrekening (366 Sr)**
- **“bankbreuk bij vennootschappen” (342 ev Sr)**
- **onvoldoende inlichtingen verstrekken (105 jo 106 Fw, 194 Sr)**
- ***getuige* hoeft zich niet te incrimineren (219 Sv, 191 lid 4 Rv, 66 Fw)**
- ***bestuurder* moet inlichtingen geven (105, 106 Fw)**

Fiscale aansprakelijkheid (gewezen) bestuurder: 36, 36a. 36b Inv. Wet:

- **LB, OB, Vpb, (o.a.), maar ook: pensioenpremies!**
- **iedere bestuurder in beginsel aansprakelijk**
- **betalingsonmacht onverwijld melden bij ontvanger**
- **daarna: gevraagde nadere informatie verstrekken (anders is de melding alsnog te laat!)**
- **te laat: persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder**
- **op tijd: alleen persoonlijke aansprakelijkheid indien niet-betaling veroorzaakt wordt door kennelijk onbehoorlijk bestuur 3 jaar voorafgaand aan de mededeling**

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

- aansprakelijkheid van bestuurder jegens derde, die is benadeeld in omgang met de RP
- Art: 2:11 BW ook van toepassing op OD?
 - Prof. mr. J.B. Wezeman (proefschrift): nee!!
 - lagere rechtspraak: ja

norm:

- de bestuurder handelt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt en zijn handelen of nalaten als bestuurder is ten opzichte van de derde in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt
- mede ingekleurd door de maatstaf van de ernstige verwijtbaarheid op grond van interne aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

- verminderen van verhaalsmogelijkheden
 - voortzetten verliesgevende activiteiten
 - wekken schijn van kredietwaardigheid
 - selectieve (wan)betaling
 - bevorderen wanprestatie/ OD
 - kennelijk onbehoorlijk bestuur
 - niet tijdig aanpassen beleid dochter
-
- vereist: voldoende ernstig persoonlijk verwijt:
 - NJ 1999, 318 (Pelco/ Sturkenboom)
 - NJ 2000, 295 (New Holland)
 - NJ 2007, 240 (Nutsbedrijf Westland)
 - JOR 2007, 38 (Ontvanger / Roelofsen)
 - *anders*: JOR 2013, 40 (Spaanse Villa)
 - NJ 2014, 195 (Air Holland)

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Verminderen verhaalsmogelijkheden:

- HR 8 nov. 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/ van den End)
- HR 8 februari 2002, NJ 2002, 196 (IBK)
- HR 8 juli 2005, JOL 2005, 425 (Neptunus)

- **Onverantwoorde kredietverstrekking**
 - HR 8 juni 2001, JOR 2001, 171 (Panmo)
 - Hof A'dam 9 mrt 2006, JOR 2007, 29 (Panmo)

- **Onverantwoorde winstuikeringen**
 - HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders)

- **Onverantwoorde expansie**
 - HR 27 nov 1998, JOR 1999, 11 (Veenbrink/Baarsma)
 - Rb. Utrecht 12 dec 2007, JOR 2008, 10 (Ceteco)

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Voortzetten verliesgevende activiteiten:

- **contracteren met de wetenschap dat RP niet kan betalen noch schade kan vergoeden**
 - HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel)
 - HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (Romme/ Bakker)
 - HR 4 april 2014, NJ 2014, 195 (Air Holland)
- **verhinderen dat RP betaalt**
 - HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Waning/ Vliet)
- **verplichting tot staken: indien redelijkerwijs géén mogelijkheid bestaat RP enigszins voort te zetten**
 - Rb. Amsterdam 22 augustus 2001 JOR 2001, 212
 - (Van Eeghen q.q. / Oosters en Ramspeck)

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Wekken schijn van kredietwaardigheid:

- moeder verwerft alle activa na krediet aan dochter: gecombineerd met schijn van kredietwaardigheid dochter
 - HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby)
- Albada Jelgersma bemoeide zich na overname zwakke onderneming zeer intensief met beleid. AJ had zelf nieuwe crediteuren moeten voldoen of nieuwe transacties moeten voorkomen
 - HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma)

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Selectieve (wan)betaling:

- geen persoonlijke aansprakelijkheid omdat “bestuurder er niet op toeziet dat RP betaalt”
 - HR 8 januari 1999, JOR 1999, 34 Pelco/Sturkenboom
- onrechtmatig is echter:
 - wetenschap van non betaling/ geen verhaal; én
 - persoonlijk verwijt aan bestuurder
- crediteuren mogen ongelijk worden betaald
- bestuurders mogen, vanaf het moment dat zij er ernstig rekening mee moeten houden dat de vennootschap niet (iedereen) kan betalen, niet “eigen” vorderingen op de vennootschap betalen boven vorderingen met gelijke preferentie
 - HR 12 juni 1998, JOR 1998, 197 (Coral/ Stalt)
 - Rb. Rotterdam 4 oktober 2001, JOR 2001, 257

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Niet tijdig aanpassen van beleid dochter:

- HR 21 december 2001, JOR 2002, 38 Sobi/ Hurks
- Ingrijpmacht moeder jegens dochter
 - moeder enig aandeelhouder van dochter?
 - dochter ingebed in stelsel van concenfinanciering?
 - dochter (financieel) afhankelijk van moeder?
 - dochter afhankelijk van moeder (concernstructuur)?
- moeder die op de hoogte raakt van deplorabele toestand dochter, moet zich laten informeren, is verplicht tot ingrijpen (waarschuwen, ontslag, surséance)

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Niet tijdig aanpassen van beleid dochter:

- Rb. Den Haag 30 mei 2007, Rechtspraak Ondernemingsrecht (Kidsconcern)
 - zorgplicht Humanitas voor schuldeisers, vanaf moment dat duidelijk werd dat Kidsconcern niet meer aan verplichtingen kon voldoen
 - aansprakelijkheid beperkt door latere waarschuwing
- Rb. Utrecht 12 december 2007, Rechtspraak Ondernemingsrecht 2008, 13 (Ceteco)
 - Hagemeyer had vanaf peildatum moeten ingrijpen met betrekking tot expansiebeleid Ceteco
 - Hagemeyer aansprakelijk voor vermeerdering passief

Aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (6:162 BW):

Niet tijdig aanpassen van beleid dochter:

- **HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen/ BLG)**
 - BLG richt Stichting Eigen Woning op, stelt bestuur samen, financiert de stichting geheel
 - stichting wordt genoodzaakt activiteiten te staken
 - stichting betaalt (vlak voor liquidatie) lening 30 mio terug aan BLG
 - HR: OD indien BLG weet dat overige crediteuren niet kunnen worden voldaan
- **HR 11 september 2009, JOR 2009, 309 (Comsys)**
 - dochter geheel afhankelijk van concernfinanciering
 - dochter is verlieslatend (geen inkomsten wel kosten)
 - moeder staat toe dat dochter activiteiten voortzet
 - HR: moeder aansprakelijk voor alle schulden dochter

Flex BV (sinds 01-10-2012)

Belangrijkste wijzigingen:

- **Eenvoudigere oprichting: o.a. minder kapitaal**
- **Verruiming regels kapitaalbescherming**
- **“Betere” crediteurenbescherming**
- **Aansprakelijkheid onverantwoord dividend**
- **Inrichtingsvrijheid**
- **Andersoortige aandelen**
- **Verruiming besluitvorming**
- **Afschaffing blokkeringsregeling**
- **(Benoeming en ontslag) functionarissen**
- **Certificaathouders**
- **Verbetering geschillenregeling**

Flex BV: achtergrond wijziging BV-recht

Doelstelling: bruikbare en betrouwbare rechtsvorm voor alle betrokken partijen

- **Geen nieuwe rechtsvorm, maar oplossing geconstateerde knelpunten**
- **Voor mogelijkheden Flex-BV bij *bestaande* BV is statutenwijziging van die bestaande BV vereist**
- **vaak ook aanpassing samenhangende documenten (o.a. aandeelhouders- en management-overeenkomst)**
- **vergroting schuldeisersbescherming**
- **meer vrijheid, met inachtneming minimumnormen, zodat belangen minderheidsaandeelhouders worden gewaarborgd**
- **minder dwingend meer regelend recht**
- **aansluiten bij behoeften (internationale) praktijk**
- **versoepeling (administratieve) lasten**

Flex BV: eenvoudiger oprichting

- geen verplichting storting minimumkapitaal à € 18.000,- meer bij oprichting BV
- geen bankverklaring meer nodig
- geen accountantscontrole (bij inbreng in natura)
- uitstel stortingsplicht mogelijk (tot opvraging kapitaal door BV)
- dus bij Flex BV: géén aansprakelijkheid bestuurder wegens gebrek aan storting minimumkapitaal of ontbreken van bank- of accountantsverklaring bij oprichting

Flex BV: verruiming regels kapitaalbescherming

- Oprichters bepalen omvang aandelenkapitaal (moet uiteraard wel positief zijn: dus $> \text{€ } 1,=$)
- Uitstel stortingsplicht mogelijk tot opvraging kapitaal door BV
- Bestaande BV (bijv. opgericht na storting van destijds minimumkapitaal à $\text{€ } 18.000,=$) kan kapitaal verminderen (en uitkeren aan aandeelhouder: na toets 2:216 BW)
- Minder formele regels (aanwending) werk- en aandelenkapitaal (verval nachgründung (204c) en financiële steun (207c))

Flex BV: “betere” crediteurenbescherming + aansprakelijkheid (I)

- **art. 2:216 BW: eisen aan uitkering kapitaal door bestuur aan aandeelhouders:**
 - **geldt ook bij inkoop 2:207 BW en kapitaalvermindering 2:208 BW**
 - **bescherming (kapitaal van de) BV**
 - **bescherming schuldeisers van de BV**
- **AVA neemt besluit tot uitkering kapitaal aan aandeelhouders**
 - **bestemming van de vastgestelde winst..**
 - **of.. overige uitkeringen..**
 - **Eigen Vermogen > statutaire reserves (balanstest)**
- **uitvoering besluit tot uitbetaling kapitaal ten laste van de BV aan aandeelhouders, vereist goedkeuring/medewerking bestuur**

Flex BV: “betere” crediteurenbescherming + aansprakelijkheid (II)

- **bestuur: uitkeringstest 2:216 lid 1:**
 - kan BV na uitkering blijven betalen:
 - opeisbare schulden van de BV?
 - nu én in de voorzienbare toekomst (1 jaar)?
- **zo nee: dan moet bestuur uitvoering van het AVA besluit weigeren!**
- **Sancties voor bestuur en aandeelhouder:**
- **bestuurder is jegens BV hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door uitkering is ontstaan (+ wettelijke rente)**
- **disculpatie, maar géén mogelijkheid tot beroep op ontbreken financiële expertise bij bestuurder**

Flex BV: “betere” crediteurenbescherming + aansprakelijkheid(III)

- **tweestrijd voor bestuur:**
 - aansprakelijkheid jegens BV / curator
 - versus:
 - mogelijk ontslag als bestuurder door AvA
- **aandeelhouder is gehouden tot terugbetaling tot (max.) de uitkering aan BV, indien:**
 - aandeelhouder wist/had moeten weten dat BV na uitkering niet aan opeisbare schulden zou kunnen voldoen
- **alternatief voor schuldeisers of curator:**
 - vernietiging van het bestuursbesluit tot goedkeuring van de uitkering (2:15 BW)
 - onrechtmatige daad bestuurders?

Vragen?

**Bedankt voor jullie
aandacht!**