

Belang van vastlegging interne samenwerking bij ondernemingen in zwaar weer

Christiaan Groenewoud

We lijken wederom in een financiële crisis terecht te komen. De vorige crisis ligt nog maar net achter ons. Die financiële crisis had al laten zien hoe kwetsbaar ondernemingen zijn, maar dit blijkt helemaal uit de huidige crisis die vrij abrupt is ingezet. Het gezegde dat iedere onderneming een half jaar voor zijn eigen faillissement vandaan is, blijkt hier maar weer eens uit. Wat voor de huidige 'coronacrisis' super gezonde bedrijven waren, kunnen nu zomaar zorgenkindjes zijn. Door de aankomende

zware recessie in combinatie met de aanscherping van de monetaire regels door de centrale banken en de ogenschijnlijke terughoudendheid bij banken om nieuwe kredieten te verstrekken, is het waarschijnlijk dat het voor bedrijven steeds moeilijker zal worden om aan de benodigde externe/bancaire financiering te komen. Er zal om die reden steeds meer intern vanuit de aandeelhouder gefinancierd moeten worden, door middel van directe stortingen en/of achterstelling van managementfees, huurpenningen, interne leveringen etc.

Interne vastlegging binnen mkb-bedrijven

Bij bankfinanciering is sprake van een eindeloze kredietdocumentatie. Aan die financieringsdocumentatie is door de banken en met name hun adviseurs, die veelal kennis en ervaring hebben opgedaan in het insolventierecht, en die dus weten wat er in de praktijk voor discussies spelen, veel aandacht besteed. Hoewel men het normaal vindt dat de relatie met de bank tot in den treure schriftelijk is vastgelegd, leert de ervaring dat de interne financiering door de aandeelhouder soms in het geheel en vaak niet optimaal wordt vastgelegd. Met alle nadelen van dien.

Bij mkb-bedrijven is de interne vastlegging (niet alleen voor wat betreft de financiering door de aandeelhouder, maar ook op andere gebieden van interne samenwerking) vaak een

ondergeschoven kindje. Dat is onterecht en een gemiste kans om de verliezen voor de aandeelhouder(s) en de rest van het concern in het geval het met een onderneming misgaat, zoveel mogelijk te beperken.

Faillissement

De komende recessie zal ongetwijfeld meer faillissementen tot gevolg hebben dan thans het geval is. Een faillissement leidt in de meeste gevallen voor alle betrokkenen bij een onderneming tot vergaande nadelige gevolgen, niet in de laatste plaats voor de aandeelhouders. Voor de dga's zal de impact in de meeste gevallen het grootst zijn. Hij is niet alleen zijn bedrijf kwijt, maar doorgaans ook de aandeelhoudersleningen die in het verleden zijn verstrekt en het pensioen dat in eigen beheer werd opgebouwd. In nagenoeg alle gevallen is er sprake van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting. Dit betekent dat de holdingvennootschap aansprakelijk is voor de btw-schulden van de gefailleerde dochteronderneming. Daarnaast zal de holding in geval van een bankfinanciering hoofdelijk aansprakelijk zijn tot terugbetaling van het krediet bij de bank en is er vaak sprake van een borgtocht die door de dga aan de bank is afgegeven en die door de bank wordt getrokken, als de zekerheden van de onderneming na uitwinning daarvan, niet genoeg opleveren. Als er dan ook nog sprake is van een

eigen bedrijfspand, dat in de meeste gevallen door de gekozen structuur weliswaar buiten het faillissement valt maar waarvoor ineens geen huurder meer is, dan is de teloorgang van het opgebouwde aandeelhouderskapitaal in veel gevallen een feit.

Financiële gevolgen van een faillissement

Om de financiële gevolgen van een faillissement voor de ondernemer zo veel mogelijk te beperken, is het van het grootste belang dat de interne verhoudingen tussen de aandeelhouders en de onderneming, en dan met name de interne financiering, zo goed en optimaal als mogelijk wordt vastgelegd. Dat geldt in het bijzonder als de onderneming als gevolg van de huidige coronacrisis in liquiditeitsproblemen komt te verkeren, de banken niet bereid zijn om nieuwe/aanvullende financiering te verstrekken en de aandeelhouders vanuit eigen middelen een (overbruggings)krediet of lening verstrekken. In plaats van simpelweg een storting op de bankrekening van de onderneming te doen met als omschrijving "overbruggingskrediet" loont het om daar meer aandacht aan te laten besteden en een goede financieringsovereenkomst voor op te stellen, net zoals de bank dat zou doen. De kosten daartoe zijn beperkt in vergelijking tot de opbrengst als het onverhoopt toch verkeerd mocht gaan met de onderneming. Daarnaast voldoet de bestuurder door die schriftelijke vastlegging aan een wettelijke verplichting,



Christiaan Groenewoud

die voorschrijft dat interne transacties schriftelijk moeten worden vastgelegd. In deze bijdrage aan dit DVDW-magazine zal aandacht besteed worden aan de juridische gang van zaken rondom de financiering van de onderneming en de juridische mogelijkheden voor de aandeelhouders om hun belangen zoveel mogelijk te beschermen.

De belangen van de financier worden traditiegetrouw beschermd door het vestigen van zekerheden, zoals pand en hypotheek. Op grond van de wet hebben die zekerheidsrechten zakelijke werking, die ook in geval van faillissement hun waarde behouden. In beginsel maakt het geen verschil of de financier een bank of de aandeelhouder is. Deze stelling behoeft wel enige nuancering, in die zin dat in de literatuur en rechtspraak onder bepaalde omstandigheden wordt overwogen dat aandeelhoudersleningen achtergesteld zijn, ook al is die achterstelling niet overeengekomen. Hierna zal nog aandacht worden besteed aan (informele) achtergestelde vorderingen van aandeelhouders. Daarbij zal ook bestuurdersaansprakelijkheid en de zogenoemde actio pauliana aan bod komen. Belangwekkend zou vanzelfsprekend ook zijn om nader in te gaan op de mogelijkheden van reorganisatie van de onderneming via een faillissement of buitengerechtelijk (dwang) akkoord. Dit valt echter buiten het bestek van deze bijdrage

over de financiering van de onderneming. Daar is hier dan ook geen aandacht aan besteed.

In eerste instantie zal de bank een onderneming financieren op basis van de bestaande en de te verwachten cash flow.

De bank zal echter zekerheden verlangen, die door haar kunnen worden uitgewonnen, als de cash flow van de onderneming niet meer voldoende is om de verplichtingen uit hoofde van die financiering na te komen. De meest gebruikelijke zekerheden zijn:

- pandrechten op aandelen, bedrijfsmiddelen, voorraden en vorderingen op derden;
- hoofdelijke aansprakelijkheid van andere groepsvennootschappen en/of een borgstelling door de bestuurder die tevens aandeelhouder is.

Jurisprudentie

In de jurisprudentie is een aantal voor de financieringspraktijk belangrijke discussies gevoerd tussen curatoren en banken. Die discussies betroffen met name de rechtsvraag op welke goederen de bank zich op grond van de aan haar verleende pandrechten mocht verhalen en in hoeverre van hoofdelijk aansprakelijke derden (borgen daaronder begrepen) verwacht kan worden dat zij de schuld van de onderneming die het krediet heeft gekregen en heeft gebruikt, voldoen.

Vanzelfsprekend zijn de rechtsregels die uit die jurisprudentie kunnen worden afgeleid, niet slechts van toepassing op de financieringsrelatie tussen de onderneming en de bank, maar ook op de rechtsverhouding tussen de onderneming en andersoortige financiers, zoals de (vroegere) aandeelhouder.

Pandrechten

Pandrechten kunnen worden gevestigd op alle goederen die geen registergoederen zijn en die kunnen worden overgedragen. Dat zijn in ieder geval de hiervoor genoemde bedrijfsmiddelen, voorraden en vorderingen op derden, maar ook aandelen, intellectuele eigendomsrechten, enzovoort.

In geval van een dreigende discontinuïteit zullen aandelen in dochtervennootschappen doorgaans weinig waarde (meer) hebben, zodat daar in de praktijk weinig gebruik van gemaakt wordt. Indien sprake is van bancaire financiering wil de bank nog wel eens een pandrecht op de aandelen bedingen. De bank verlangt in dat geval tevens dat stemrecht op de aandelen aan haar toekomt onder de opschortende voorwaarde van verzuim (en mededeling). De bank als pandhouder kan met het stemrecht (indien sprake is van verzuim) invloed uitoefenen binnen de vennootschap – bijvoorbeeld door het benoemen van een of meer bestuurder(s) – en zodoende kan de bank de waarde van het pandobject beschermen en de vennootschap ‘verkoopklaar’

maken ten behoeve van de executoriale veiling. Pandrechten op intellectuele eigendomsrechten zoals octrooien, auteursrechten en dergelijke komen niet vaak voor en de uitwinning daarvan is bepaald complex, zodat bespreking ervan niet past in het bestek van deze bijdrage.

Om een goede inschatting te kunnen maken van de waarde van deze zekerheden moet men bekend zijn met de problemen waarmee de pandhouder bij uitwinning van die zekerheden geconfronteerd kan worden. Aan dit leerstuk van verpanding wordt elders in dit magazine ruim aandacht besteed door Wieneke Lisman en Luitzen van der Sluis.

Zoals reeds opgemerkt wordt vaak gekozen voor een structuur waarbij het bedrijfspand buiten een eventueel toekomstig faillissement valt. Een ondernemer kan ervoor kiezen om een deel van de activa van de onderneming in een andere vennootschap onder te brengen en deze vervolgens te verhuren aan de ‘werkmaatschappij’. Dit kan in beginsel passen in een gezond – op spreiding van risico’s bedacht – ondernemersbeleid en is dan geoorloofd. Waarvoor echter gewaakt moet worden is dat alle omzet wordt ondergebracht in de ene vennootschap en alle kosten in de andere vennootschap. Dit kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele dan

wel de gezamenlijke schuldeisers in geval van faillissement en kan dan tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leiden. Ditzelfde geldt voor het geval een bestuurder te lang door gaat met de onderneming, zonder dat sprake is van een serieus reddingsplan. Blijkt achteraf dat de bestuurder onverantwoorde risico’s heeft genomen zonder dat sprake was van een realistisch reddingsplan, dan kan een bestuurder onder omstandigheden aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van zijn handelen.

Potentiële bestuurdersaansprakelijkheid

Potentiële bestuurdersaansprakelijkheid zal vooral spelen in het geval van een onderneming in financiële moeilijkheden. Immers, indien een onderneming failliet blijft, zullen schuldeisers onbetaald en zal een curator het handelen van een bestuurder onder een vergrootglas leggen. In het geval een onderneming in financiële moeilijkheden komt te verkeren, doet een bestuurder er verstandig aan om zich te laten bijstaan door een deskundige op dat gebied. Een bestuurder heeft in beginsel betalingsautonomie. Uit de jurisprudentie volgt echter dat een bestuurder evenwel onrechtmatig kan handelen, indien komt vast te staan dat hij vóór de faillietverklaring – wetende dat hij er ernstig rekening mee moest houden dat een faillissement onafwendbaar zou zijn – een selectieve betaling aan één of meerdere van de crediteuren van de vennootschap heeft verricht.

Actio pauliana

In het geval waarin de (vroegere) aandeelhouder of andere derde een geldlening of rekening-courantkrediet aan de onderneming heeft verstrekt, is het van groot belang dat bij het aangaan van die financiering door de financier op zijn minst wordt bedongen dat de onderneming verplicht is om op eerste verzoek zekerheden te verstrekken tot terugbetaling van die geldlening of dat rekening-courantkrediet en dat die verplichting ook schriftelijk wordt vastgelegd. De reden daarvoor is er met name in gelegen dat op het moment dat een onderneming in zwaar weer komt te verkeren, bepaalde onverplichte rechtshandelingen (zoals een verpanding) die nadelig zijn voor bepaalde of voor de gezamenlijke schuldeisers van de onderneming (de 'pauliana') niet meer zijn toegestaan. Doet men dat toch, dan kan die rechtshandeling door de schuldeiser die daardoor is benadeeld of door de curator worden vernietigd (de 'actio pauliana'), met als rechtsgevolg dat de financier geen rechten meer aan die rechtshandelingen kan ontfangen. Bovendien levert een pauliana een strafbaar feit op en zullen de betrokkenen bij die pauliana in beginsel onrechtmatig handelen en zijn zij aansprakelijk voor de schade die daardoor wordt veroorzaakt.

Als de rechtshandeling echter plaatsvindt op basis van een verplichting van degene wiens schuldeisers daardoor

benadeeld worden (bijvoorbeeld omdat diegene zich daartoe bij overeenkomst heeft verplicht), dan zijn de mogelijkheden tot het invoeren van de actio pauliana veel beperkter. Om een geslaagd beroep op de actio pauliana te doen, moet degene die zich op vernietiging beroept, aantonen dat bij beide partijen bekend was dat de schuldeisers zouden worden benadeeld. Bij onverplichte rechtshandelingen, waarbij sprake is van een aanmerkelijk waardeverschil van de tegenover elkaar staande prestaties, voldoening van een niet opeisbare schuld of tussen gelieerde partijen, wordt die wetenschap van benadeling verondersteld, als de betreffende rechtshandeling binnen een jaar voorafgaand aan het invoeren van de vernietiging respectievelijk aan het faillissement is gepleegd. Indien er echter sprake is van een verplichte rechtshandeling, dan geldt dit wettelijke bewijsvermoeden niet en zal de rechtshandeling slechts met succes kunnen worden vernietigd, indien degenen die bij die rechtshandelingen wisten dat het faillissement van de partij wiens schuldeisers zijn benadeeld, was aangevraagd of als er sprake is van samenspanning tussen hen, waarbij het doel van die rechtshandeling is geweest om de partij ten gunste van wie de rechtshandeling is gepleegd, te bevoordelen ten opzichte van de andere crediteuren. In de praktijk wordt een dergelijke samenspanning zelden aangenomen.

Verkoperslening

Bij verkoop en overdracht van de aandelen in een onderneming die gefinancierd wordt door een bank, wordt in veel gevallen door de bank als eis gesteld dat de vroegere aandeelhouder een verkoperslening ter hoogte van een deel van de koopsom aan de koper van die aandelen verstrekt, die wordt achtergesteld ten opzichte van de geldlening die de bank heeft verstrekt voor de aankoop van de aandelen. Een dergelijke achterstelling kent een aantal varianten. De meest voorkomende is dat niet op de verkoperslening mag worden afgelost, zolang de aandeelhouder die de financiering bij de bank heeft aangetrokken, nog een schuld bij de bank heeft. Doorgaans mag wel rente over de verkoperslening aan de vroegere aandeelhouder worden betaald. Een andere variant is dat alleen niet op de verkoperslening mag worden terugbetaald als de nieuwe aandeelhouder in verzuim is bij de nakoming van de verplichtingen jegens de bank. Voor de verkoper van de aandelen maakt dit vanzelfsprekend veel verschil. In de praktijk is hier onderhandeling over mogelijk.

Voor de gevallen waarbij de (voornamelijk) aandeelhouders de onderneming hebben gefinancierd in plaats van de bank, is het leerstuk van de 'informele achterstelling' van belang. Hoewel er in formele zin geen achterstelling door de financier met de onderneming is overeengekomen, kan een vordering onder

bepaalde omstandigheden toch als achtergesteld worden beschouwd. In de fiscale praktijk is de term 'informeel kapitaal' algemeen bekend. Civielrechtelijk is hierover echter nog weinig jurisprudentie bekend. De Hoge Raad heeft in een fiscaal arrest overwogen dat in het geval er min of meer sprake is van (kort samengevat) een onzakelijke geldlening, waarbij weliswaar een kapitaalstorting heeft plaatsgevonden met als titel van 'geldlening', maar partijen in werkelijkheid hebben bedoeld om een kapitaalverstrekking tot stand te brengen, die geldlening (fiscaal) als aandelenkapitaal moet worden beschouwd. Er is in de civiele rechtspraak een aantal gevallen bekend waarin deze fiscale overwegingen min of meer zijn overgenomen. Uit de jurisprudentie kan nog niet een algemene rechtsregel worden afgeleid. Het is echter wel duidelijk dat de rechtspraak openstaan voor de stelling van curatoren dat vorderingen van aandeelhouders als informeel aandelenkapitaal moeten worden beschouwd. Als aanknopingspunt lijkt daarbij te gelden de situatie dat de vordering is ontstaan uit een geldlening die is verstrekt op een moment dat en onder voorwaarden die een willekeurige derde niet zou hebben aanvaard.

In de meeste gevallen van bankfinanciering is sprake van een concernfinanciering, waarbij alle vennootschappen die tot de groep behoren, zich hoofdelijk jegens de bank aansprakelijk hebben gesteld. Dit betekent dat de bank zich met haar

vordering op alle groepsvennootschappen mag verhalen. Daarbij mag zij zelf kiezen welke zekerheden zij eerst uitwint. Indien één van de groepsvennootschappen beschikt over een aanzienlijk creditsaldo op haar bankrekening, dan zal de bank zich als eerste daarop willen verhalen. Indien één van de groepsvennootschappen eigenaar is van onroerend goed, waarop ten gunste van de bank een eerste recht van hypotheek is gevestigd tot nakoming van hetgeen die vennootschap en haar groepsvennootschappen aan de bank verschuldigd zijn, dan zal de bank wellicht het onroerend goed willen verkopen en geen belang hechten aan de uitwinning van bijvoorbeeld de pandrechten op moeilijk te incasseren handelsvorderingen van de vennootschap die failliet is gegaan. Vanzelfsprekend heeft de niet-failliete groepsvennootschap er belang bij dat de bank zich eerst op de zekerheden van gefailleerde verhaalt. Om die reden wordt geadviseerd daarover tijdig in overleg te treden met de bank en met haar te bespreken op welke wijze en waarop zij haar zekerheden zal uitwinnen. Indien de bank niet bereid is om zich eerst op de zekerheden van de gefailleerde te verhalen, dan is het in sommige gevallen raadzaam om de vordering van de bank over te nemen. In geval van een cessie van vorderingen gaan de afhankelijke rechten zoals pandrechten en/of borgtochten die daaraan verbonden zijn, van rechtswege mee over. In dat geval kan degene die de

vordering van de bank overneemt, zelf tot uitwinning van de zekerheden van de gefailleerde overgaan. Naast cessie kan een vordering onder meer overgaan middels contractovername of subrogatie. Hierbij dient degene die de vordering overneemt zich ervan bewust te zijn dat onder omstandigheden verschaftte zekerheden verloren kunnen gaan.

Bovenstaand beginsel dat de schuldeiser zelf mag bepalen op welke wijze zij haar zekerheden uitwint, geldt ook in het geval van een borgtocht. Zodra de vordering opeisbaar is, is de schuldeiser gerechtigd om die borgtocht uit te winnen, zelfs als de hoofdschuldenaar in staat is om zelf aan zijn verplichtingen te voldoen, door middel van de uitwinning van door hem aan de bank verstrekte zekerheden. Dat impliceert echter niet dat een schuldeiser niet verplicht is om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de borg en dat hij onder omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt, indien hij de borg aanspreekt alvorens eerst voldoende inspanningen te verrichten andere zekerheden uit te winnen.

Indien een hoofdelijk aansprakelijke (rechts)persoon de bankschuld betaalt, dan ontstaat de vraag in hoeverre die (rechts)persoon een regresvordering op de andere hoofdelijk aansprakelijke partijen krijgt. Op grond van de wet is dat zo.

De vraag die daarbij steeds wordt gesteld, is voor welke bedragen degene die de schuld heeft betaald en waarvoor hij hoofdelijk aansprakelijk is, een regresvordering verkrijgt. Uit de wet volgt dat steeds moet worden gekeken naar de interne draagplicht van de diverse hoofdelijk aansprakelijke partijen. Die is afhankelijk van de vraag wie welk deel van de schuld, in de interne verhouding tussen de diverse groepsvennootschappen, aanging. Dat hangt steeds af van de omstandigheden van het geval. Er dient eerst te worden gezien of er iets over de interne draagplicht tussen partijen is overeengekomen. In de praktijk is gebleken dat dat nagenoeg nooit het geval is. Het wordt echter wel geadviseerd om daarover op voorhand bij het aangaan van de concernfinanciering na te denken en een en ander vast te leggen. Als er niets is overeengekomen, dan moet de draagplicht van iedere groepsvennootschap worden bepaald door vast te stellen wie de schuld met de bank is aangegaan. Om deze laatste vraag te kunnen beantwoorden moet gekeken worden naar wie de financiering daadwerkelijk heeft gebruikt of wie de beschikking over de financiering heeft gehad. Kortom, welke vennootschap heeft van het krediet geprofiteerd en tot welk bedrag? Het gaat daarbij om het antwoord op de vraag aan wie overeenkomstig de bedoeling van partijen de tegenwaarde van de geldlening ten goede

is gekomen. Dat een concernvennootschap toegang heeft gehad tot het krediet, betekent nog niet dat zij hier ook van heeft geprofiteerd.

Samengevat geldt het navolgende:

Om de schade voor de aandeelhouder in geval van faillissement van de onderneming zo veel mogelijk te beperken, is het van belang dat men tijdig – bij voorkeur bij aanvang van de kredietrelatie en bij het sluiten van overeenkomsten met leveranciers en opdrachtgevers – duidelijke schriftelijke afspraken maakt over de inhoud van en de voorwaarden voor de interne samenwerking. Op die manier kunnen de verliezen voor de aandeelhouders en de overige concernvennootschappen van een onderneming die failliet gaat, zoveel mogelijk worden beperkt. Hetgeen voor banken geldt, geldt in beginsel ook voor (voormalige) aandeelhouders, die als financiers van de onderneming optreden. Hierbij moet men zich er wel van bewust zijn dat enige nuancering noodzakelijk is, namelijk dat er discussie kan bestaan over de rangorde van vorderingen van aandeelhouders op ondernemingen in faillissement, in het geval de onderliggende leningen als onzakelijk moeten worden beschouwd, zelfs als niets over een achterstelling is overeengekomen.