

PROF.MR. J.B. HUIZINK

# Herstructurering, corporate recovery en aansprakelijkheid

O &amp; F

86

Nr. 56 / juli 2003

In het kader van herstructureringsoperaties, meestal in concernverband, dient bij de betrokkenen een zekere *awareness* te bestaan omtrent mogelijk in te treden vormen van aansprakelijkheid. Daarbij moet niet uitsluitend gedacht worden aan aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen van de zich reorganiserende vennootschap of groep van vennootschappen. Gevallen van aansprakelijkheid kunnen zich ook uitstrekken tot bestuurders en commissarissen van de *holdingcompany* of tot de *holdingcompany* zelf. Maar ook derden – bijvoorbeeld kopers van belangrijke bedrijfsonderdelen – dienen op hun hoede te zijn. Daarbij kan de grondslag van de aansprakelijkheid zeer verschillend zijn. Om maar eens wat te noemen: een in het kader van een herstructurering voltrokken transactie kan achteraf aantastbaar zijn omdat zij tot benadeling van crediteuren heeft geleid. Overbodig uit te leggen dat een geslaagde *actio pauliana* tot een cascade aan claims kan leiden. Maar ook in het kader van het kapitaalbeschermingsrecht kunnen in het kader van de reorganisatie ongerechtigheden plaatshebben. De kans daarop is wellicht nog groter dan het gevaar van de *actio pauliana* omdat op het gebied van het kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht de praktijk – helaas – met tal van onzekerheden kampt.<sup>1</sup> Daarbij kan men denken aan zaken als omzetting van reserves in kapitaal of aan het gevreesde artikel 2:207c BW (verbod zelffinanciering), welke met name in situaties waarin de vennootschap verliesgevend is, voor problemen kunnen zorgen. En dan natuurlijk de ‘moeder van alle schadeclaims’, de onrechtmatige daad: crediteuren die met onbetaalde vorderingen op een insolvente vennoot-

schap achterblijven zullen alles in het werk stellen om degenen die ‘achter’ die vennootschap zitten tot betaling van de door hen geleden schade, waarbij men dan voornamelijk moet denken aan claims in te stellen tegen bestuurders en tegen de moedermaatschappij. In het onderstaande wil ik een drietal vormen van aansprakelijkheid bespreken, waarbij ik mij richt op wat, althans in mijn ogen, mogelijk nieuwe ontwikkelingen zijn.

## Selectieve betaling in concernverband

De case die in dit geval genoemd moet worden is Coral/Stalt.<sup>2</sup> In het kort ging het daarbij om een vennootschap die in het kader van de beëindiging van haar activiteiten haar activa (aandelen in vennootschappen) had vervreemd en de opbrengst uitsluitend ter voldoening van *intercompany* vorderingen had aangewend. De onbetaald gebleven crediteur Coral sprak daarop de moedermaatschappij Stalt aan uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat zij – Coral – onbetaald was gebleven zou het resultaat zijn van een door de moedermaatschappij Stalt zorgvuldig georkestreerde afwikkeling, krachtens welke Coral bewust en op basis van subjectieve criteria bij de andere crediteuren zou zijn achtergesteld. Men duidt dit wel als selectieve betaling.<sup>3</sup> De Hoge Raad is van oordeel dat deze gang van zaken tot aansprakelijkheid van de moedermaatschappij tegenover de niet betaalde crediteur kan leiden als:

- de moedermaatschappij zich intensief heeft bemoeid met de gang van zaken bij de dochter en de hand heeft gehad in de beëindiging van de activiteiten;

1 Zie recentelijk HR 6 december 2002, *JOR* 2003/3 en mijn commentaar op dit arrest: *TvI* 2003/3.

2 HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727.

3 In mijn artikel ‘Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer’ heb ik aangegeven dat veeleer sprake is van selectieve wanbetaling, zie *TvI* 2002/3.

- de moedermaatschappij heeft bewerkstelligd, althans heeft toegestaan dat uitsluitend de ene crediteur onbetaald bleef;
- de vervreemding van de activa zoveel mogelijk is aangewend om schulden aan groepsmaatschappijen te voldoen;
- de directie van de desbetreffende dochter wist of behoorde te weten dat er niets zou resteren ter voldoening van de onbetaalde vordering.

Dat alles moet dan natuurlijk in beginsel wel door de niet betaalde crediteur van de dochtervennootschap worden gesteld en zonodig bewezen. Wat dat aangaat bestaat er dunkt mij geen verschil tussen bestuurdersaansprakelijkheid enerzijds en aansprakelijkheid van de moedermaatschappij anderzijds voor schade die crediteuren van de vennootschap lijden doordat de vennootschap niet in staat is om de vordering van de gelaedeerde-crediteur te voldoen.<sup>4</sup>

Nog even terug naar de vier door de Hoge Raad gestelde voorwaarden. Indien voldaan is aan de voorwaarde gesteld bij het vierde aandachtstreepje lijkt mij dat de betrokken directie zonder meer persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die de niet betaalde crediteur lijdt. Aangenomen tenminste dat sprake is van voldoende ernstige verwijtbaarheid, waarbij weer alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen.<sup>5</sup> Is het dan niet vreemd dat de moedermaatschappij zich aan aansprakelijkheid zou kunnen onttrekken door te stellen dat zij geen – enkele – bemoeienis heeft gehad met de desbetreffende dochtermaatschappij, zie het eerste en tweede aandachtstreepje. Ik zou menen van wel.

### Consolidatie for better and for worse

Het gaat om concernverhoudingen. Binnen de groep vloeien de in de werkmaatschappijen gegeneerde winsten in beginsel naar de moeder. Als vennootschappen in een groep verbonden zijn en de cijfers van de verschillende identiteiten worden opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening brengt dat een zekere verantwoordelijkheid met zich. ‘Groep’ veronderstelt centrale leiding, aansturing vanuit de holding. Als er iets misgaat in dat proces kan dat leiden tot aansprakelijkheid.

Voor het intreden van een dergelijke aansprakelijkheid eist de rechtspraak zoals de Hoge Raad in Coral/Stalt evenwel dat de moeder zich daadwerkelijk intensief met het beleid van de dochtermaat-

schappij bemoeit. Dat komt mij vreemd voor. Alsof de moeder zich aan haar verantwoordelijkheid zou kunnen onttrekken door zich niet te bemoeien met het beleid en de gang van zaken bij zo’n dochter. Dat lijkt mij te gek voor woorden: concernverband impliceert immers bemoeienis.

De intensiteit daarvan kan van groep tot groep en van periode tot periode, ja zelfs van groepsmaatschappij tot groepsmaatschappij verschillen. Maar als het mis dreigt te gaan moet de moeder ingrijpen en voorzover het in haar macht ligt adequate maatregelen treffen. Voor die verantwoordelijkheid kan en mag de moeder niet weglopen.

Wordt het anders als er – bewust – geen bemoeienis is met een werkmaatschappij? Ik zou menen van niet. Consolidatie for better and for worse.<sup>6</sup> Als het goed gaat wel de cijfers meenemen, maar voor de verantwoordelijkheid weglopen als het misgaat, spoot niet. Dit betekent niet dat de aparte juridische entiteiten binnen de onderneming geen functie meer zouden hebben bij het afdekken van aansprakelijkheidsrisico’s. Normaal ondernemingsrisico moet kunnen worden afgewenteld. Aansprakelijkheid slechts daar waar in de concernleiding tekort is geschoten. Daarbij zal evenals ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid nog veel gesteggeld kunnen worden over de vraag welke mate van verwijtbaarheid vereist is voor het intreden van aansprakelijkheid. Evenals bij bestuurders zou ik de lat niet te laag willen leggen: eerst ernstig tekortschieten in het concernmanagement kan leiden tot doorbraak in concernverband.

Steun voor deze opvatting kan mijns inziens ontleend worden aan het arrest van de Hoge Raad inzake Hurks Bouwbedrijf.<sup>7</sup> In die mijns inziens zeer belangrijke beslissing werd door de Hoge Raad het beroep van een moedermaatschappij om aan aansprakelijkheid jegens crediteuren van de dochtervennootschap te ontkomen verworpen: de moedermaatschappij moet zorgen tijdig en voldoende geïnformeerd te zijn over de financiële gang van zaken bij de dochter (zeker als het niet goed gaat) en zo nodig ingrijpen. Dat er formeel geen instructiebevoegdheid bestaat doet daar volgens de Hoge Raad niet aan af; de moedermaatschappij heeft in elk geval wel de feitelijke macht om in te grijpen.<sup>8</sup> Als het nodig is moet zij daarvan gebruikmaken, zulks op straffe van aansprakelijkheid jegens de niet betaalde crediteuren van de dochtervennootschap, die ook overigens bij die

4 Met dus als voorlopige apotheose HR 19 juni 1994, NJ 1994, 766 (Romme/Bakker).

5 HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (Oosterhof).

6 Hoe belangrijk consolidatie van vennootschappen kan zijn laat het recente rumoer rond Ahold zien.

7 HR 21 december 2001, JOR 2002/38.

8 Zie ook HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM).

dochter geen verhaal voor de voldoening van hun vordering(en) vinden. Zaken om bij herstructurering en *corporate recovery* rekening mee te houden. Moedermaatschappijen hebben een zekere diligentieplicht jegens de crediteuren van hun werkmaatschappijen.

### Handelen in strijd met statutaire bepalingen

Zoals ik hiervoor heb aangegeven zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders alle omstandigheden van het voorliggende geval van belang. De jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid draagt dan ook een sterk casuïstisch karakter. Bovendien is voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid vereist dat de bestuurder van de schadeveroorzakende gedragingen een verwijt kan worden gemaakt. Onzes inziens moet het gaan om aanmerkelijk meer dan verwijtbaarheid. In elk geval heeft de Hoge Raad voor de toepassing van artikel 2:9 BW als vereiste voor het kunnen intreden van aansprakelijkheid gesteld dat de bestuurders van het onbehoorlijk bestuur een ernstig verwijt moeten worden gemaakt.<sup>9</sup> Een zware maatstaf dus, die wellicht ook betekenis heeft wanneer binnen een groep de holdingmaatschappij aansprakelijk wordt gesteld op grond daarvan dat zij zou zijn tekortgeschoten in de *Konzernleitungspflicht*.

Hoe dat laatste verder zij, in november vorig jaar heeft de Hoge Raad een belangrijke uitwerking gegeven van voornoemde aansprakelijkheidsmaatstaf.<sup>10</sup> Het betrof een betrekkelijk ingewikkelde casus, maar voorzover van belang werd bestuurder Schwandt van de vennootschap BPF verweten dat hij in strijd met een uitdrukkelijke statutaire bepaling een koopoptie had verleend. De statuten schreven namelijk voor dat voor het verlenen van zo'n optie (betrekkelijk tot de aandelen van een belangrijke deelneming van de vennootschap) de goedkeuring van de raad van commissarissen vereist was en die goedkeuring ontbrak. Zoals bekend doet het ontbreken van die goedkeuring geen afbreuk aan de geldigheid van de optie, omdat zulks niet aan degene aan wie de optie was verleend kan worden tegengeworpen. Immers ingevolge artikel 2:130 (240) BW is de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de bestuurders onbepaald en onvoorwaardelijk. De vennootschap voelt zich door de gang van zaken ernstig benadeeld en spreekt de bestuurder aan tot schadevergoeding ex artikel 2:9 BW. Na overwogen te hebben dat voor het intreden van aansprakelijkheid

nodig is dat Schwandt van de verweten gedraging een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat dit beoordeeld moet worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval oordeelt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt, welke in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Wel moet de aldus aangesproken bestuurder in de gelegenheid worden gesteld feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statuten niet een ernstig verwijt oplevert.

Met die beslissing heeft de Hoge Raad een zekere duidelijkheid gebracht. Dat handelen in strijd met statutaire bepalingen in beginsel onbehoorlijk bestuur oplevert is op zichzelf niet bijzonder. Alle bij de rechtspersoon betrokkenen (de institutioneel betrokkenen) worden in beginsel geacht de statuten na te leven. Dat geldt ook voor de bestuurders van de vennootschap. Doen zij dat niet en hebben zij daarvoor onvoldoende rechtvaardiging kunnen aanvoeren, dan zijn zij in de uitoefening van hun bestuurs-taak tekortgeschoten. Daarbij lijkt het mij in beginsel onverschillig of de statutaire bepaling nu de vennootschap beoogt te beschermen, of slechts ter bescherming van de aandeelhouders is gesteld. Het verschil lijkt mij – maar dit terzijde – overigens flinterdun. Hetgeen voor statutaire bepalingen geldt, gaat wellicht *a fortiori* op voor wettelijke bepalingen. Zeker al die de strekking hebben om de rechtspersoon/vennootschap te beschermen.

Zie ik het goed dan is het bijzondere van het arrest gelegen in het feit dat in beginsel bij schending van statutaire (en wettelijke) bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, behoudens tegenbewijs door de aangesproken bestuurder, ook in rechte vaststaat dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Dat lijkt me een goede zaak; wie zich niet aan de wettelijke of statutaire regels houdt en daardoor schade veroorzaakt moet hangen, tenzij hij een goed verhaal heeft. Daarin verschilt het overtreden van vastgelegde regels nu eenmaal van schending van de norm welke refereert aan de maatschappelijke zorgvuldigheid. Over wat dat laatste precies inhoudt kan men immers ernstig van mening verschillen. De Hoge Raad heeft in het BPF-arrest dus een bewijsvermoeden gecreëerd inhoudende dat schending door vennootschapsbestuurders van geschreven normen die de strekking hebben de vennootschap te

9 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman).

10 HR 29 november 2002, RvdW 2002, 195 (BPF).

beschermen in beginsel onbehoorlijk bestuur oplevert waarvan de betrokken bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Dat is goed om in het achterhoofd te houden als men bezig is met de herstructurering van concern-structuren of met *corporate recovery*-operaties. In de aanhef van dit stuk wees ik op de voorschriften van kapitaal- en vermogensbescherming. Die bepalingen beogen mijns inziens zonder meer de vennootschap en haar crediteuren te beschermen. Indien voor de vennootschap schade voortvloeit uit het niet of niet volledig in acht nemen van die regels, zitten de bestuurders voorshands niet lekker. Gaat het om majeure beslissingen, dan geldt zulks ook voor de toezichthouders, de raad van commissarissen. En misschien (Hurks Bouwbedrijf) ook wel voor de moeder-vennootschap die (nagenoeg) alle aandelen houdt.

### Doorstart

Aan het slot van deze bijdrage wilde ik enkele opmerkingen maken over de zogenoemde doorstart. Dat is dus het derde onderwerp. Ik heb voor de doorstart gekozen omdat dat fenomeen ook in enkele bijdragen van andere auteurs in dit nummer van *O&F* wordt besproken. In dit verband wil ik mij beperken tot wederom de positie van de bij de vennootschap betrokkenen die de doorstart regisseren: bestuurders, commissarissen en (wellicht) de moedermaatschappij. Dat een doorstart vaak niet goed ligt is goed te begrijpen. In zijn eenvoudigste vorm vindt vanuit de gefailleerde vennootschap een activatransactie plaats (verkoop van de door de gefailleerde vennootschap in stand gehouden onderneming '*going concern*'<sup>11</sup>). Dat is aantrekkelijk omdat de regeling krachtens welke werknemers bij overgang van een (gedeelte van) de onderneming hun rechtspositie behouden, niet geldt in geval van verkoop tijdens faillissement (artikel 7:666 BW). Het resultaat is dat de onderneming in min of meer dezelfde vorm vanuit faillissement wordt voortgezet, vaak met dezelfde of nauw gelieerde vermogensverschaffers en/of beleidsmakers. Juridisch is er natuurlijk wel het nodige gebeurd: immers, het vermogen van de gefailleerde vennootschap is met de activatransactie te gelde gemaakt ter verdeling onder de crediteuren van de failliete vennootschap. Maar leg dat maar eens uit aan de achtergebleven werknemers of de concurrente crediteuren die in de regel nauwelijks enige uitkering krijgen. Een doorstart over de

rug van werknemers en crediteuren, zo wordt het al snel ervaren.

In het kader van deze bijdrage is een ander aspect evenwel minstens zo interessant. Ik doel op het navolgende. Doorstarts worden in de regel in een vroeg stadium in de steigers gezet. In wezen is voor het faillissement vaak alles al geregeld en hoeft de bij het faillissementsvonnis aangestelde curator – enigszins gechargeerd – slechts zijn handtekening te zetten. Om die voorbereidingsfase gaat het mij. In het eerste deel van deze bijdrage ging het over selectieve betaling en concernaansprakelijkheid. Bij het voorbereiden van een doorstart wordt in de regel ook selectief betaald. Misschien zou men nog wel verder kunnen gaan en stellen dat selectief betalen een van de middelen is om de onderneming op de rails te houden; alsdan draagt selectieve betaling bij tot verantwoord ondernemingsbestuur.<sup>12</sup> Al te snel mag dit overigens naar mijn mening niet worden aangenomen. Maar toch... met het oog op een doorstart zullen bepaalde crediteuren, met name die waar men met de nieuwe vennootschap die de onderneming zal voorzetten verder in zee wil gaan, tijdig betaald moeten worden. Bovendien zijn er crediteuren zonder wier medewerking het doek meteen valt: energie, salarissen, grondstoffen enzovoort. Een belangrijke crediteur is in dit verband doorgaans ook de huisbankier. In veel gevallen zijn de vorderingen van de belangrijkste crediteuren hoger in rang dan de vorderingen van de overige crediteuren, maar noodzakelijk is dat niet. In elk geval kan bij een doorstart vaak worden geconstateerd dat om de doorstart mogelijk te maken bepaalde crediteuren wel en andere crediteuren niet zijn voldaan. Selectieve betaling? Ja, dat valt niet te ontkennen. Onrechtmatig, in dier voege dat zulks kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en eventueel moedermaatschappij van de vennootschap die – zoals dat zo fraai heet – technisch failliet is gegaan?

Ik zou op dit punt grote terughoudendheid willen bepleiten. Maar de praktijk is helaas soms anders.<sup>13</sup> Terughoudendheid omdat bij te snel aanvaarden van aansprakelijkheid op grond van selectieve betaling<sup>14</sup> bestuurders en andere verantwoordelijken te snel de neiging zullen hebben om de handdoek in de ring te gooien.<sup>15</sup> Niet alleen dat daardoor wellicht de mogelijkheid om de vennootschap en de onderneming (en werkgelegenheid) van een deconfiture te redden

11 Daarbij hoeft het niet om de gehele onderneming te gaan; slecht renderende onderdelen blijven vaak achter.

12 Denk aan het reeds eerder genoemde Ahold, dat onlangs ostentatief aankondigde leveranciers voortaan een maand later te zullen betalen.

13 Zie Rb. Zwolle 19 maart 1997, *TvI* 1998, p. 44 e.v.

14 Wat daar overigens van zij, zie noot 3.

15 Zie Rb. Amsterdam 22 augustus 2001, *JOR* 2002/212.

praktisch onmogelijk wordt. Ik zou nog verder willen gaan en willen bepleiten dat, juist met het oog op een doorstart, de daaraan verbonden werkgelegenheidsaspecten en het tegengaan van zinloze kapitaalvernietiging door het staken van de ondernemingsactiviteiten, het verdedigbaar kan zijn, ja, soms zelfs noodzakelijk is, dat in het voortraject (dat wil zeggen de tijdspanne die nodig is om de doorstart op de rails te zetten) selectief wordt betaald. Maar ook hier zal pas een definitief oordeel over al dan niet aansprakelijkheid kunnen worden geveld na kennisneming en weging van alle omstandigheden van het geval, waarbij beoordeling *with hindsight* uit den boze is. Het gaat erom dat de betrokkenen in de doorstart verantwoord hebben gehandeld, afgemeten naar de kennis die zij op dat moment hadden of behoorden te hebben.

### Afsluitend

Als het gaat om herstructureringen en misschien nog wel in sterkere mate om operaties tot herstel van slecht renderende ondernemingen of onderdelen van ondernemingen dient men op zijn of haar *qui-vive* te zijn. In het voorgaande heb ik voor een drietal vormen van aansprakelijkheid de aandacht willen vragen. Er zijn er echter veel meer. Voor adviseurs blijft het zaak de jurisprudentie bij te houden want al ergens dan geldt wel hier: 'Een schip op het strand is een baken in zee.'