



NIEUWSBRIEF ONDERNEMINGSRECHT

nr.15, april 2015

DISCLAIMER

Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van KienhuisHoving N.V. mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier. Tegen het forwarden van de nieuwsbrief in zijn geheel aan derden bestaat geen bezwaar, mits dit gebeurt in ongewijzigde vorm, zonder commentaar en met volledige bronvermelding (bestaande uit: "Nieuwsbrief Ondernemingsrecht, KienhuisHoving N.V., www.kienhuishoving.nl").

De informatie in deze nieuwsbrief, die kosteloos wordt verspreid, is bedoeld ter voorlichting van cliënten en andere relaties en kan niet worden gebruikt als advies in individuele situaties. In die gevallen kan vanzelfsprekend een op de specifieke situatie toegesneden deskundig advies worden gegeven.

Hoewel deze nieuwsbrief met de grootst mogelijke zorgvuldigheid tot stand is gekomen, aanvaardt KienhuisHoving geen enkele aansprakelijkheid voor eventuele fouten of andere onjuistheden (of de gevolgen daarvan).

© 2015 KienhuisHoving N.V.

REGELS OMTRENT ONTSLAG VAN BESTUURDERS IN AANDEELHOUDERSOVEREENKOMSTEN

Melvin Tjon Akon

De rol van ontslagbepalingen in aandeelhoudersovereenkomsten

Bij de juridische vormgeving van het bedrijf kiezen ondernemers vaak voor de besloten vennootschap als rechtsvorm. Zijn de aandeelhouders en de bestuurders dezelfde natuurlijke personen, dan wordt ook wel gesproken van een persoonsgebonden B.V. In een persoonsgebonden B.V. heeft elke ondernemer doorgaans in gelijke mate controle over het bestuur en recht op winst uit de onderneming, behoudens afwijkende afspraken.

De keuze voor een B.V. als rechtsvorm biedt voordelen zoals de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders, maar legt beperkingen op ten aanzien van afspraken die zien op de invloed van aandeelhouders op het bestuur van de vennootschap. Een aandeelhouder kan namelijk in de regel niet bedingen dat hij als bestuurder alleen met unanimiteit van stemmen door de aandeelhoudersvergadering kan worden ontslagen.

De visie van de Ondernemingskamer op ontslagbepalingen

De wet bepaalt dat iedere bestuurder te allen tijde kan worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming (in de regel: de algemene vergadering). Het ontslagbesluit moet in beginsel met absolute meerderheid van stemmen (50 + 1) worden aangenomen. De statuten mogen bepalen dat het besluit tot ontslag alleen met een versterkte meerderheid mag worden genomen. Deze meerderheid mag niet meer dan tweederde van de stemmen, welke meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, betreffen. In een recent arrest heeft het Hof Amsterdam geoordeeld over de toepassing van een ontslagbepaling in een aandeelhoudersovereenkomst. Een bepaling in een aandeelhoudersovereenkomst waarin een hogere meerderheidseis is vastgelegd, behoeft in zijn algemeenheid niet onaanvaardbaar te zijn, maar de vordering tot nakoming van deze bepaling kan als spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:55). De verhouding tussen de partijen in kwestie was duurzaam verstoord en drie van de vier aandeelhouders (elk voor 25% van de aandelen) waren ook statutair bestuurder. In de aandeelhoudersovereenkomst was bepaald dat een

bestuurder alleen bij unanimititeit van stemmen kon worden ontslagen. Volgens het hof dient de wettelijke bepaling het belang van de vennootschap. Dat belang vereist dat het ontslag van een bestuurder niet te zeer mag worden bemoeilijkt dan wel onmogelijk mag worden gemaakt. In het algemeen zal een bepaling die een hogere drempel opwerpt, waardoor de bestuurder niet kan worden ontslagen ook al willen de overige aandeelhouders (hier: 75%) het wel, op gespannen voet komen te staan met het vennootschapsbelang. Een dergelijke situatie moet worden voorkomen. Het belang was in kwestie niet gebaat bij de verstoorde verhoudingen in het bestuur, dat hierdoor niet goed kon functioneren. Het Hof Amsterdam heeft daarmee het vonnis van 16 januari 2014, waarover wij u eerder informeerden (Nieuwsbrief Ondernemingsrecht, nr. 14, september 2014), vernietigd.

Welke alternatieve afspraken kunt u als aandeelhouder maken?

Het bovenstaande leert dat een bepaling in de aandeelovereenkomst dat voor het ontslag van een bestuurder meer dan tweederde van de stemmen vereist is, onder omstandigheden niet afdwingbaar kan zijn. Daarbij zouden naast duurzame ontwrichting andere factoren die het vennootschapsbelang mogelijk schaden (zoals incompetentie), een rol kunnen spelen. Hoe kunt u als aandeelhouder toch invloed uitoefenen op het bestuur van de vennootschap? In de statuten kan bijvoorbeeld worden vastgelegd dat de benoeming van ten minste een bestuurder geschiedt door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. De statuten specificeren in dat geval drie aandelen met een verschillende aanduiding: bijvoorbeeld A, B en C. Elke aandeelhouder kan dan alle aandelen van een bepaalde aanduiding onder zich houden. Als aandeelhouder A die als bestuurder A wordt ontslagen, kan hij of zij in beginsel een nieuwe bestuurder A benoemen.

Ontslag als bestuurder betekent niet automatisch dat u geen aandeelhouder meer bent. Wilt u bij ontslag als bestuurder niet langer verbonden zijn aan de vennootschap, dan kunt u in de aandeelhoudersovereenkomst een geschillenregeling opnemen die de overige aandeelhouders verplicht om in bepaalde gevallen uw aandelen over te nemen. De geschillenregeling kan worden toegesneden op de onderlinge afspraken en bepalen dat indien een aandeelhouder als bestuurder wordt ontslagen, de overnameplicht ontstaat. Het is aan te bevelen om in een dergelijke regeling ook een gedetailleerde prijsbepalingsregeling vast te leggen. Hierdoor kan de uittreding van de aandeelhouder snel worden geëffectueerd.

NA 88 JAAR LEIDT FAILLISSEMENT VAN VOF NIET LANGER TOT FAILLISSEMENT VAN VENNOTEN IN PRIVÉ

Anniek van Diggele

Gedurende bijna 88 jaren hield het faillissement van een Vennootschap onder Firma ('VoF') altijd ook het faillissement van de vennoten in. Op 6 februari 2015 is de Hoge Raad in een belangrijke uitspraak op die regel teruggekomen, waardoor het faillissement van de VoF niet langer noodzakelijkerwijs ook het faillissement van de vennoten in privé meebrengt. Deze jurisprudentie maakt dat extra aandacht is vereist bij een faillissementsverzoek ten aanzien van een VoF.

Wat is een VoF?

Een VoF is een rechtsverhouding tussen de vennoten van de VoF, welke bij overeenkomst wordt aangegaan. In deze verhouding richten de vennoten zich op de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband. Het vermogen van de VoF is afgescheiden van de privévermogens van de vennoten. Hoewel de VoF geen rechtspersoonlijkheid heeft (in tegenstelling tot bijv. een B.V.), kan zij als rechtssubject zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen. Verder is kenmerkend voor de VoF dat (op grond van artikel 18 Wetboek van Koophandel) elk van de vennoten hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de VoF. Dit betekent dat de schulden van de VoF ook op alle vennoten persoonlijk rusten en dus dat schuldeisers zich op de (privévermogens van de) vennoten kunnen verhalen.

De VoF in faillissement

Een faillissement wordt slechts op verzoek door de rechter uitgesproken. Daarbij moet de rechter de vraag beantwoorden of de schuldenaar 'in een toestand is komen te verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen'.

In zijn uitspraak overweegt de Hoge Raad dat wanneer een VoF niet aan haar verplichtingen voldoet, dit het oordeel kan rechtvaardigen dat de VoF in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Wanneer een VoF op deze grond failliet wordt verklaard, "zal het faillissement van de vennoten doorgaans onvermijdelijk zijn, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn", aldus thans de Hoge Raad. Een vennoot kan immers, in tegenstelling tot de VoF, voldoende (privé)vermogen hebben om zowel de schuldeisers van de VoF als zijn privéschuldeisers te voldoen. Het is

volgens de Hoge Raad dan ook niet noodzakelijk dat het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de VoF.

Overige motivatie voor de nieuwe rechtsregel

De Hoge Raad noemt drie andere redenen voor zijn verandering van standpunt:

1) de invoering van de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen per 1 december 1998. Natuurlijke personen die een beroep doen op deze schuldsaneringsregeling (wsnp-verzoek) terwijl zij vennoot zijn van een VoF, dienen namelijk niet zonder meer failliet te worden verklaard indien de VoF failliet wordt verklaard;

2) op grond van Europese rechtspraak dient de rechter ten aanzien van elke schuldenaar afzonderlijk te bepalen of hem (ex artikel 3 lid 1 c.q. lid 2 Insolventieverordening) bevoegdheid toekomt de insolventieprocedure te openen. De automatische faillietverklaring is daarmee al niet te verenigen indien de vennootschap in Nederland is gevestigd en de vennoten in een andere lidstaat;

3) het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Hiermee is onverenigbaar dat een vennoot in privé failliet wordt verklaard, zonder dat dit ook ten aanzien van hem afzonderlijk is verzocht en zonder dat is onderzocht of hij ook in privé verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Wat zijn de praktische implicaties?

De nieuwe rechtsregel kan tot gevolg hebben dat de VoF wel, maar de vennoten zelf niet failliet worden verklaard. Een schuldeiser die zowel het faillissement van de VoF als dat van de vennoten wil bewerkstelligen, moet daar voortaan in zijn verzoekschrift tot faillietverklaring voor ieder van hen afzonderlijk om verzoeken. Daarbij dient de rechter te onderzoeken of aan de voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan ten aanzien van zowel de VoF als de vennoten. Hoewel niet verplicht, is het wenselijk dat de faillissementen van de VoF en de vennoten zoveel mogelijk tegelijk worden uitgesproken en afgewikkeld. Het verdient naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook aanbeveling dat beide verzoeken zoveel mogelijk samen worden gedaan en behandeld.

In lopende procedures waarbij alleen om het faillissement van de VoF is verzocht en daarbij (zoals voorheen gebruikelijk op grond van artikel 4 lid 3 Faillissementswet) enkel de namen en woonplaatsen van de vennoten zijn vermeld, is aanvulling van het verzoek nodig. De verzoeker kan zijn verzoekschrift (in eerste aanleg) aanvullen zodat het mede de faillietverklaring van de vennoten omvat. De rechter dient daarbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen en de vennoten de gelegenheid te bieden tot het voeren van afzonderlijk verweer.

CONTRACTEN IN EEN ONDERNEMING? LET OP DE GEVOLGEN BIJ OVERDRACHT

Matthijs van Rozen

Bij een zogeheten activa/passiva-overdracht worden de afzonderlijke bestanddelen in een vermogen overgedragen. De bestanddelen moeten nauwkeurig beschreven worden, anders gaan deze niet over en blijven zij bij de verkoper achter. Een dergelijke activa passiva overdracht komt bijvoorbeeld voor bij verkoop van een onderneming of als storting op aandelen als inbreng in natura.

Medewerking contractspartij nodig

Contracten kunnen niet zomaar worden overgedragen. De wet kent hiervoor een bijzondere regeling. Koper (A) en verkoper (B) kunnen onderling bepalen dat (de rechten en verplichtingen uit) het contract wordt overgedragen, maar de andere contractspartij (C) moet daaraan medewerking verlenen. Gebeurt dat niet, of onvolledig, dan blijft voor de contractspartij (C) de situatie onveranderd: verkoper (B) blijft zijn wederpartij.

Als contracten binnen een onderneming overgedragen worden, is dit voor belangrijke contracten een aandachtspunt. Een recente uitspraak onderstreept dit.

Recente uitspraak

In een recente uitspraak was X franchisegever die in 2006 een franchiseovereenkomst gesloten heeft met Y als franchisenemer. In 2010 heeft X zijn franchiseactiviteiten ingebracht in een nieuwe B.V., X2. Deze

nieuwe X2 B.V. vordert begin 2013 van Y een contactuele boete wegens overtreding van de franchiseovereenkomst. Y is echter van mening dat zijn rechtsverhouding uit de franchiseovereenkomst niet op X2 is overgegaan en dat hij dus niet hoeft te betalen.

X heeft zijn franchiseactiviteiten aan X2 overgedragen ter volstorting van aandelen. Niet is gebleken dat Y destijds hieraan medewerking heeft verleend. De franchiseovereenkomst vermeldt "Franchisegever is bevoegd zijn rechten uit deze overeenkomst aan derden over te dragen". Hierin mag niet worden gelezen dat Y bij voorbaat al medewerking heeft verleend. Ook later blijkt Y geen medewerking te hebben verleend.

Verder noemt de franchiseovereenkomst alleen de rechten, terwijl de rechtsverhouding ook plichten kent. Als de rechtsverhouding al deelbaar was in rechten en plichten – wat betwijfeld kan worden -, is niet gebleken dat (uitsluitend) de rechten zouden zijn overgedragen.

De rechtbank concludeert dat de rechtsverhouding tussen X en Y niet op X2 is overgegaan, zodat X2 de boetes niet kan vorderen.

Uitzondering voor arbeidsovereenkomsten

Het is belangrijk op te merken dat voor arbeidsovereenkomsten een afwijkende regeling in de wet geldt. Bij overgang van een onderneming gaan de arbeidsovereenkomsten van de in de onderneming werkzame werknemers van rechtswege op de verkrijger over.

Een andere situatie bij overdracht van aandelen in een B.V.

Als aandelen in een B.V. overgedragen worden, is de situatie anders. Het contract is gesloten met de B.V. als rechtspersoon. Daar verandert een aandelenoverdracht, tussen aandeelhouders, niets aan.

Wel moet worden gekeken of er niet een zogeheten "change of control" bepaling in het contract staat. Een dergelijke bepaling regelt dat bij een wijziging van de zeggenschap over de B.V. een contract beëindigd of gewijzigd kan worden.

Bij een juridische fusie of splitsing van een B.V. (of andere rechtspersoon) gaan contracten in beginsel over. Een juridische fusie of splitsing betekent namelijk een overgang onder algemene titel, waarvoor geen afzonderlijke leveringshandelingen meer vereist zijn. De medewerking van anderen is

dan niet meer vereist. Het contract kan echter anders bepalen.

Gevolgen contracten vooraf in kaart brengen

Contracten hebben bij de overdracht van een onderneming een bijzondere positie. Er mag niet van worden uitgegaan dat contracten zonder meer overgaan. Uit de hiervoor genoemde uitspraak blijkt dat een gebrekkige contractsovername nog jaren later voor verrassingen kan zorgen. De voorbereiding van de overdracht, de inhoud van het contract en zo nodig overleg met de wederpartij zijn daarbij belangrijk. Ook de juiste rechtsvorm en een goede ondernemingsstructuur dragen hieraan bij.