

NIEUWSBRIEF 2009/2

augustus 2009

1. *Wettelijke rente verlaagd;*
2. *Verplichte identificatie cliënten;*
3. *Executie en de kwaliteitsrekening;*
4. *Faillissement en bestuurdersaansprakelijkheid;*
5. *Piercing the corporate veil;*
6. *Inzage in de boeken van de failliet;*
7. *Einde arbeidsovereenkomst door vaststellingsovereenkomst;*
8. *Europees betalingsbevel.*

1. Wettelijke rente verlaagd

Per 1 juli 2009 is de wettelijke rente verlaagd tot 4% en de wettelijke handelsrente van 9,5% tot 8%.

De wettelijke handelsrente – wij brengen het even in herinnering – geldt tussen zakelijke partijen die zakelijke transacties verrichten. Denk aan koop en verkoop van goederen, het verrichten van dienstverlening, etc. Bij overeenkomst kunnen partijen afspreken een andere, hogere of lagere rente te laten gelden.

2. Verplichte identificatie cliënten

Per 1 juli 2009 is in werking getreden een Verordening die geldt voor alle advocaten in Nederland: wij moeten cliënten in alle nieuwe zaken identificeren, ook al kennen wij de cliënten al jaren. De identificatie ziet zowel op de identiteit van de vennootschap (indien toepasselijk), als op de bevoegdheid van de bestuurder en de identiteit van de bestuurder zelf. Dat kan door een kopie van paspoort of rijbewijs en een origineel uittreksel uit de Kamer van Koophandel van de verschillende vennootschappen.

De regelgeving is nogal ingewikkeld, en kent nog zwaardere eisen bij werkzaamheden die niet zien op adviezen over procedures of ter voorkoming van procedures.

Vergelijk dit met hetgeen de banken een aantal jaren hebben moeten doen ter identificatie van hun

rekeninghouders, grosso modo met hetzelfde doel. Eén van die doelen is het voorkomen van witwassen en het voorkomen van financiering van terroristische activiteiten. Het is maar dat u het weet.

Het kan dus zijn dat wij u bij gelegenheid of bij aanvang van de nieuwe zaak vragen zich te identificeren en mee te werken aan het verrichten van de nodige formaliteiten.

Wij danken u voor uw medewerking en begrip.

3. Executie en de kwaliteitsrekening

In deze barre economische tijden hebben incasso en executie helaas weer onverminderde aandacht. In dat verband is vermeldenswaard een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 29 april dit jaar, over een zaak waarbij een onroerende zaak in executoriaal beslag was genomen.

De beslagleggers en de hypotheekbank werden het eens over verkoop. De hypotheekhouder werd uit de opbrengst voldaan. De overige beslagleggers werden het niet eens over de verdeling van het restant. Aldus werd het geld gestort op een kwaliteitsrekening (bijv. een derdengeldenrekening bij een notaris of advocaat).

De schuldenaar ging daarna failliet. De curator maakte aanspraak op het saldo van de kwaliteitsrekening. Wat oordeelt de rechtbank?

Als een faillissement intreedt voordat de vaststelling van de vorderingen van de individuele schuldeisers heeft plaatsgevonden, dan hebben de beslagleggers nog geen onvoorwaardelijk recht gekregen in de restant executieopbrengst van het pand. Daarom is het overschot voor de curator. De beslagleggers kunnen hun vordering aanmelden in het faillissement.

Dat is vast anders dan de beslagleggers voor ogen hadden toen zij de opbrengst onderbrachten op de kwaliteitsrekening. Zij zullen wel hebben gemeend – begrijpelijk – dat het geld daarmee in ieder geval buiten bereik van de schuldenaar was gekomen. Volgens de rechtbank Amsterdam dus niet. Of van dit vonnis hoger beroep is ingesteld, is ons niet bekend.

4. Faillissementen en bestuurdersaansprakelijkheid

Enige uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid trokken de aandacht:

Eén van de eerste dingen die de curator doet, is onderzoek plegen naar de vraag of de bestuurders zich van hun taken hebben gekwet. Hij wordt daarbij geholpen door artikel 2:248 lid 2 BW. Daarin staat dat er vermoed wordt dat de bestuurder zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld, wanneer de vennootschap niet of niet tijdig haar jaarrekening heeft gepubliceerd. De bestuurder moet dan aantonen dat het faillissement niet te wijten is aan onbehoorlijke taakvervulling. Die omgekeerde bewijslast wordt vaak in procedures aangevoerd. De Hoge Raad maakt in een recent arrest het systeem van de wet duidelijk:

Een vennootschap ging failliet. Het bedrijfspand was daarvoor afgebrand. De bestuurder had niet gezorgd voor tijdige publicatie van haar jaarrekening. De curator sprak de bestuurder aan.

De bestuurder voerde aan dat de brand en de daarop volgende weigering van de verzekeraar om de brandschade te vergoeden de oorzaak van het faillissement zijn geweest.

De Hoge Raad overweegt dat wanneer de bestuurder zoals in dit geval een bijkomende oorzaak stelt, en de curator hem verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, de bestuurder ook moet aantonen dat hij niets aan die bijkomende oorzaken heeft kunnen doen en dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. De curator had in dat geval namelijk de bestuurder aanvullend verweten dat de bestuurder had nagelaten het intreden van die oorzaak (brand en de weigering uit te keren) te voorkomen.

De bestuurder moet dus "all the way" gaan met zijn bewijsvoering. Pas wanneer hij daarin is geslaagd en kan aantonen dat hij niets aan de brand en de weigering van de verzekeraar uit te keren kan doen, dan zou het uiteindelijk aan de curator zijn om aan te tonen dat de bestuurder het faillissement heeft veroorzaakt.

Een ander arrest is ook van belang: een vennootschap die zich uitdrukkelijk bemoeit met het beleid van een andere vennootschap, bijvoorbeeld de moeder die zich inlaat met het besturen van de dochter, kan onder buitengewone omstandigheden worden gezien als beleidsbepaler en dus als feitelijk bestuurder. De moeder draagt dan dezelfde verantwoordelijkheden als een bestuurder van de vennootschap.

Ten slotte is het vermelden waard de uitspraak van de Hoge Raad, die inhoudt dat een individuele aandeelhouder die een bestuurder aanspreekt, moet aantonen dat de bestuurder een ernstig verwijt valt te treffen. Vergelijk dit met het criterium dat voor een werknemer geldt: de werknemer is alleen voor schade geleden door de vennootschap (zijn werkgever) aansprakelijk, wanneer de werknemer opzet of grove schuld valt te verwijten. Er zit weinig verschil in met het "ernstig verwijt" criterium dat geldt voor een bestuurder. Interessant uit deze uitspraak is nog het gegeven dat een individuele aandeelhouder geholpen wordt bij zijn aanspraak tegen een individuele bestuurder, wanneer de bestuurder nagelaten heeft acht te slaan op een statutaire bepaling, die tot doel had de belangen van die individuele aandeelhouder te beschermen.

Aldus staat de deur van aanspraken van aandeelhouders tegen bestuurders op een kier, met steeds als uitgangspunt dat de bestuurder onrechtmatig moet hebben gehandeld en dat de aandeelhouder dit moet bewijzen.

5. Piercing the corporate veil

Deze Engelse term ziet op het beginsel, dat alleen het vermogen van de schuldenaar zelf voorwerp is van uitwinning door schuldeisers. Een aandeelhouder hoeft niet op te komen voor de schulden van de vennootschap; een moedervenootschap niet voor de schulden van de dochter, etc.

Dit is een van de redenen dat 'single ship companies' populair zijn. Zo blijven de schulden inzake het schip in beginsel bij de vennootschap zelf en wordt voorkomen (in beginsel) dat

zustermaatschappijen of andere schepen kunnen worden aangesproken.

Deze vennootschapsrechtelijke sluier (corporate veil) kan in uitzonderlijke gevallen worden doorbroken.

Een voorbeeld is te lezen in het arrest van de Hoge Raad uit februari 2009.

Een schuldenaar had zijn prachtige pand ondergebracht in een tweetal stichtingen, waarbij de juridische en economische eigendom was gesplitst. De stichtingen waren door de schuldenaar zelf opgericht en in feite bepaalde de schuldenaar het beleid van die stichtingen. Hij bleef ook in de woning zitten, maar betaalde zijn schulden niet. Dat ging de schuldeisers te ver en zij vonden dat de sluier die de oude eigenaar en de stichtingen over het pand hadden geworpen, moest worden doorgeprikt.

De Hoge Raad was het met de schuldeisers eens en oordeelde: *“Van dergelijk misbruik van het identiteitsverschil jegens de crediteuren van de natuurlijke persoon kan ook sprake zijn indien iemand een goed waarvan hij alle voordelen geniet met gebruikmaking van dat identiteitsverschil buiten zijn vermogen brengt of houdt zonder daarmee een zelfstandig belang van de betrokken rechtspersoon of -personen te dienen, maar enkel met het oogmerk dat goed aan verhaal van zijn crediteuren te onttrekken.*

In dit concrete geval konden de schuldeisers alsnog verhaal zoeken op het ‘verstopte’ pand. De toets is echter zwaar. Van vereenzelving is niet snel sprake.

6. Inzage in de boeken van de failliet

Ook interessant in het licht van faillissementen: Een schuldeiser die plannen heeft om de bestuurder aan te spreken op grond van onregelmatigheden in de administratie kort voor faillissement, wil die boekhouding graag inzien. De boekhouding ligt bij de curator. De schuldeiser vraagt om inzage. Curatoren plegen die inzage niet te geven.

In een belangwekkende uitspraak in kort geding heeft de rechtbank Arnhem in oktober 2008 geoordeeld dat de curator aan een schuldeiser bij voldoende belang inderdaad inzage moet verlenen in de boekhouding.

7. Einde van de arbeidsovereenkomst door vaststellingsovereenkomst

Het zal algemeen wel bekend zijn, dat het UWV in oktober 2006 de strikte toets heeft laten varen bij de toegang tot de WW: een werknemer die akkoord gaat met een einde dienstverband door middel van wederzijds goedvinden, verliest niet daarom zijn recht op een WW-uitkering. Wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan, kunnen werkgever en werknemer prima met een vaststellingsovereenkomst (wederzijds goedvinden) uit de voeten.

Deze regeling werkt in de praktijk goed. Het UWV accepteert vaststellingsovereenkomsten en kent de werknemer een WW-uitkering toe, tenzij sprake is van duidelijk dringende redenen die achter de vaststellingsovereenkomst gelegen zijn. Denk aan de werknemer die 20 jaar in dienst is en (terecht) op staande voet wordt ontslagen. Werkgever en werknemer bereiken daarna een regeling en sluiten alsnog een vaststellingsovereenkomst, waarin staat dat er geen enkele vergoeding wordt toegekend. Te verwachten is dat het UWV tegen een dergelijke constructie bezwaar zal maken.

Voor de meeste overige gevallen is er weinig aan de hand. Het UWV heeft op de website www.werk.nl modellen gepubliceerd van vaststellingsovereenkomsten met een toelichting, op grond waarvan werkgever en werknemer – na enige deskundige bijstand – (zonder dat een procedure nodig is) kunnen overgaan tot het einde van de arbeidsovereenkomst, met een behoorlijke garantie voor de werknemer dat hij of zij een uitkering zal kunnen krijgen.

Er zijn enige uitzonderingen. Een arbeidsongeschikte werknemer kan bijvoorbeeld geen aanspraak maken op de soepele regeling, voor hem geldt de oude ‘verwijtbaarheidstoets’.

Werkgevers moeten wel zorgvuldig omgaan met het laten tekenen van een vaststellingsovereenkomst. De werkgever heeft de taak de werknemer goed voor te lichten en heeft daar ook belang bij. Dat blijkt uit de jurisprudentie:

Een te lichtvaardig hanteren van de vaststellingsovereenkomst leidt steeds vaker tot vernietigingsacties van werknemers wegens dwaling. Een werknemer die overhaast tekende (of moest tekenen) heeft tot jaren later de gelegenheid de overeenkomst wegens wilsgebreken te vernietigen, bijvoorbeeld als hij geen reële gelegenheid heeft gehad om juridisch advies in te winnen.

In de praktijk blijkt kort juridisch advies aan betrokkenen vaak voldoende om de zaak in goede banen te leiden.

8. Europees Betalingsbevel

Sinds 12 december 2008 is in werking getreden de Europese verordening uit 2006 tot invoering van de Europese betalingsbevelprocedure. In Nederland is deze per 1 juli 2009 nader ingevoerd.

Met deze regeling is het eenvoudiger om in Nederland een executoriale titel (een betalingsbevel) te verkrijgen tegen buitenlandse partijen (en omgekeerd ook, een buitenlandse partij kan tegen een Nederlandse ingezetene eenvoudig een betalingsbevel in het buitenland krijgen).

Het betalingsbevel kan in de gehele Europese Unie door een deurwaarder ten uitvoer worden gelegd. Dit is een van de grote voordelen. Vonnissen moeten in andere landen eerst voorzien worden van een zgn. exequatur, een aparte en soms tijdrovende goedkeuringsprocedure, maar een betalingsbevel is overal in de EU geldig.

Het indienen van een Europees betalingsbevel is buitengewoon eenvoudig: de advocaat van de crediteur vult een grotendeels voorgedrukt formulier in, ondertekent het en dient dit in bij de bevoegde rechtbank.

De rechter controleert het formulier op formele juistheid en vaardigt het Europees betalingsbevel uit. Er vindt geen inhoudelijke toetsing plaats.

Na betekening aan de schuldenaar heeft deze slechts 30 dagen de tijd om zijn verweer in te dienen. Wanneer dit verweer niet binnen 30 dagen na betekening wordt ingediend, kan het Europees betalingsbevel ten uitvoer worden gelegd.

De procedure kan veel tijd en kosten besparen. Als de verweerder wel binnen de termijn van 30 dagen een verweer indient, dan verliest het betalingsbevel zijn kracht en wordt de schuldeiser verwezen naar een reguliere bodemprocedure.

Er is nog weinig ervaring met het betalingsbevel, De eerste ervaringen zijn positief. Wij verwachten een toenemend gebruik van dit middel, vooral in zaken waarin de vordering onbetwist is.

© 2009 Frits Bienfait, Van Dam en Kruidenier advocaten,
Postbus 4043, 3006 AA Rotterdam
tel 010 288 88 14, fax 010 288 88 28
e-mail: bienfait@damkru.nl,
www.damkru.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder schriftelijke voorafgaande toestemming van de auteur worden vervoelvoudigd, openbaar gemaakt, geheel of gedeeltelijk, gekopieerd of opgeslagen, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën of op enige andere manier. De auteurs en de maatschap Van Dam & Kruidenier aanvaardden geen enkele aansprakelijkheid voor de inhoud van deze uitgave.
De tekst is louter als leidraad bedoeld en streeft geen volledigheid na. In voorkomend geval is het altijd raadzaam eerst een ter zake kundige jurist te raadplegen.