

## **BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID**

### **Interne aansprakelijkheid**

Als de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan de bestuurder op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap. Of sprake is van een ernstig verwijt dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zoals onder meer de aard van de activiteiten van de vennootschap, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de eventueel voor de bestuurder geldende richtlijnen (bijvoorbeeld de statuten), de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem geweten beslissing of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

### *Arbeidsovereenkomst*

Als een bestuurder krachtens arbeidsovereenkomst bij de vennootschap in dienst is, kan hij ook wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst, aansprakelijk zijn.

### *Decharge*

Een eventueel verleende decharge heeft alleen interne werking en werkt niet jegens derden. Decharge heeft effect voor alle handelingen die aan de AVA bekend zijn of kunnen zijn, maar niet op andere (beperkte werking).

### **Aansprakelijkheid bij faillissement**

Op grond van art. 2:248 BW is iedere bestuurder jegens de faillissementsboedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien:

- a. Het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement én
- b. Aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Het gaat er bij het onbehoorlijk bestuur om dat geen redelijk denkend bestuurder –onder dezelfde omstandigheden- aldus zou hebben gehandeld.

Een eventueel verleende decharge staat aan deze vordering niet in de weg.

Als aan art 2:10 BW (administratieplicht) en/of art. 2:394 BW (publicatieplicht jaarrekening) niet is voldaan staat vast dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur én geldt het wettelijk vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 2 BW).

De enige bestuurder kan aan aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 1 BW ontkomen door aan te tonen dat:

1. er sprake is van een onbelangrijk verzuim;
2. de onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De bestuurder moet in het laatste geval aannemelijk maken dat het faillissement (in overwegende mate) is veroorzaakt door andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling. Als hij daarin slaagt ligt het op de weg van de curator om aannemelijk te maken dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur *mede* een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De (mede)bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk. Deze disculpatie mogelijkheid ziet slechts op een meerhoofdig bestuur en dus niet op de enig bestuurder.

Ook feitelijk beleidsbepalers kunnen echter aansprakelijk zijn op grond van dit artikel. Onder feitelijk beleidsbepalers worden begrepen zij die, als waren zij bestuurders, aan de statutaire bestuurder(s) opdracht geven, die door de bestuurder wordt opgevolgd, alsmede zij die, al dan niet met een officiële functie in de vennootschap, haar beleid bepalen met terzijde stelling van het formele bestuur.

Ook komt wel voor dat een moedervenootschap (naast de bestuurder) aansprakelijk is voor de schade in verband met de intensieve bemoeienis bij de bedrijfsvoering van de dochter.

#### *Opmaken jaarrekening*

Op grond van art. 10 lid 2 BW is het bestuur verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen. Op grond van art. 2:210 BW dient het bestuur de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar op te maken, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden, en deze voor te leggen aan de aandeelhouder(s). De AVA stelt de jaarrekening vast.

### **EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID WEGENS ONRECHTMATIGE DAAD**

Hierbij gaat het primair om een schuldeiser die de bestuurder aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad omdat de vennootschap niet aan zijn verplichtingen voldoet. Ook curatoren stellen ten gunste van het 'collectief van schuldeisers' dergelijke claims in.

Het gaat daarbij om diverse – elkaar deels overlappende - aanspraken:

- a. Een bestuurder gaat namens de vennootschap verplichtingen uit een overeenkomst aan, terwijl hij weet, althans behoort te weten, dat de vennootschap deze niet (binnen redelijke) termijn kan nakomen en de vennootschap evenmin verhaal zal bieden voor de ten gevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade ('Beklamel-norm');
- b. De bestuurder bewerkstelligt of laat toe dat de vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent ('frustratie nakoming/verhaal');
- a. Er is sprake van betalingsonwil bij de bestuurder c.q. selectieve wanbetaling (in feite onderdeel van categorie b. 'betalingsonwil c.q. selectieve wanbetaling');
- a. Er is sprake van selectieve betaling aan gelieerde vennootschappen en personen ('selectieve betaling aan intimi');
- a. De bestuurder zet de onderneming voort na het moment van feitelijke insolventie ('onrechtmatige voortzetting').

Als één van de voorgaande omstandigheden zich voordoet, betekent dit nog niet automatisch dat de bestuurder ook aansprakelijk is. Hiervoor zijn alle omstandigheden van het betreffende geval van belang en ook is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken. Enkele algemene lijnen zijn wel te geven:

Ad a. Als de schuldeiser de feiten van deze 'Beklamel-norm' kan bewijzen, is de bestuurder in beginsel aansprakelijk voor de schade. Aangezien dit een lastige bewijslast is voor de schuldeiser, wordt de bewijslast wel eens omgekeerd. Daarvoor kan aanleiding zijn in gevallen dat erg voor de hand ligt dat bijvoorbeeld de enig bestuurder/aandeelhouder bewijst dat hij ten tijde van het aangaan

van de verplichtingen niet wist dat deze niet nagekomen zouden kunnen worden. Ook kan hiervoor aanleiding zijn als de vennootschap zelf onvoldoende financiële middelen heeft, maar afhankelijk is van het verstrekken daarvan door een door haar beheerste vennootschap.

Ad b. Of de bestuurder ook hier persoonlijk aansprakelijk is, is volledig afhankelijk van de omstandigheden of het hem voldoende ernstig te verwijten;

Ad c. In dit kader is de bestuurder aansprakelijk als hij – hoewel er geen sprake is van betalingsonmacht- een (verschuldigde) betaling aan een schuldeiser bewust frustreert. Een bestuurder die volledige zeggenschap over de vennootschap heeft, kan jegens een schuldeiser ook onrechtmatig handelen door na te laten gebruik te maken van een bestaande of nog te verkrijgen kredietfaciliteit om de schuldeiser te betalen. Een voorbeeld van selectieve wanbetaling is dat het bestuur bewust heeft bewerkstelligd dat één van de schuldeisers onbetaald is gebleven, terwijl alle andere werden voldaan.

Ad d. In zijn algemeenheid is selectieve betaling niet onrechtmatig. Als er echter de facto sprake is van een situatie dat de vennootschap haar schulden niet meer zal kunnen voldoen, dienen de belangen van de crediteuren op een evenwichtige wijze (en naar hun rangorde, bijvoorbeeld een preferentie) behartigd te worden. Het voortrekken van gelieerde (rechts)personen ('intimi') binnen een groep in een dergelijke situatie is ook onrechtmatig, tenzij die voorkeursbehandeling kan worden gerechtvaardigd op grond van bijzondere omstandigheden (maar hiervan dient niet snel uitgegaan te worden).

Ad e. Van een bestuur van een vennootschap mag slechts worden gevegd dat zij de onderneming uit eigen beweging staakt indien er redelijkerwijze geen mogelijkheid bestaat haar in enigerlei vorm voort te zetten. Als bijvoorbeeld uit een onderzoek blijkt dat de situatie uitzichtloos is, dient een onderneming op dat moment te worden gestaakt, althans dienen er geen verplichtingen meer aangegaan te worden en dienen crediteuren naar hun wettelijke rangorde behandeld te worden. Opgemerkt zij dat ook een curator in een dergelijk geval kan optreden als er sprake is van een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers.

## **VERREKENINGEN (53/54 Fw)**

Wat betreft verrekeningen tijdens c.q. vlak vóór faillissement is het volgende bepaald.

Als een (rechts)persoon zowel schuldenaar als schuldeiser van de failliet is, kan hij zijn schuld met zijn vordering verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring verricht (art. 53 Fw).

Als de (rechts)persoon echter een schuld aan of een vordering op de failliet vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, is deze niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld (art. 54 lid 1 Fw). De schuldeiser is bij de overneming niet te goeder trouw indien hij wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement was te verwachten.

Na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen sowieso niet worden verrekend (lid 2).

Artikel 54 Fw bedoelt te voorkomen dat een schuldeiser die vreest voor een faillissement van hun schuldenaar, voor zichzelf een verrekeningsmogelijkheid creëert en daarmee andere schuldeisers benadeelt.

Een subrogatie die het gevolg is van een betaling van een schuld van de gefailleerde kan gelden als

een schuldoverneming in de zin van art. 54 Fw (NJ 1971, 127), maar dit geldt niet als die betaling geschiedt ten einde uitwinning van een ten behoeve van de gefailleerde gestelde hypotheek te voorkomen (NJ 2004, 61).

Een vordering gaat bij wijze van subrogatie over op een derde als bijvoorbeeld een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen of krachtens overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar, mits de schuldeiser op het tijdstip van de voldoening deze overeenkomst kende of hem daarvan kennis was gegeven (art. 6:150 sub a en d BW).

## **CONCERNFINANCIERING BANK**

Bij het verstrekken van een zogenaamde concernfinanciering aan de vennootschappen in een bepaald concern, is (over het algemeen) overeengekomen dat deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de bank. De vennootschappen zijn dan ieder voor het geheel van de schuld jegens de bank aansprakelijk (art. 6:6 BW). Dit betekent ook dat als één (of meerdere) van de vennootschappen de volledige schuld aan de bank voldoet, daarmee ook de andere vennootschappen bevrijdt zijn van hun verplichtingen jegens de bank.

In de onderlinge verhouding van de vennootschappen geldt dan de interne bijdrageplicht (of 'draagplicht') (art. 6:10 BW). De vennootschap die de schuld heeft afgelost, kan zich verhalen op zijn medeschuldenaren als hij meer heeft betaald dan hem aangaat (zijn 'aandeel' in de schuld), maar slechts tot het bedrag dat ieder van zijn medeschuldenaren weer aangaat. Hij heeft dan een zogenaamde 'regresvordering'.

Hoe wordt nu bepaald welk deel van een schuld elke vennootschap aangaat?

In de eerste plaats zal de hoogte van de interne draagplicht afhangen van hetgeen tussen de vennootschappen daarover overeengekomen is. Is daarover niets overeengekomen, dan geldt het criterium in hoeverre de financiering ieder van hen ten goede is gekomen (het 'profijtbeginsel').

Een tweede verhaalsmogelijkheid voor de betalende schuldenaar betreft een beroep op subrogatie (art. 6:12 BW). Dan treedt de betreffende vennootschap, voor zover hij meer heeft betaald dan hem aangaat, in de rechten van de schuldeiser jegens zijn medeschuldenaren, tot ten hoogste het gedeelte dat die medeschuldenaren aangaat. Het gaat te ver om in het kader van dit onderzoek hierop nader in te gaan.

Als verhaal op één van de vennootschappen niet mogelijk is, wordt het onvoldane gedeelte omgeslagen over de andere draagplichtige schuldenaren, naar evenredigheid van ieders aandeel in de schuld (art. 6:13 BW).

Vaak zal de bank tot zekerheid van het verhaal van haar concernfinanciering zekerheden hebben gevestigd op activa van (één van) de hoofdelijk aansprakelijke vennootschappen. Als de bank dan overgaat tot uitwinning van de zekerheden ten laste van één van de vennootschappen, verkrijgt dus die vennootschap een regresvordering op de andere vennootschappen, voor zover hij meer heeft betaald dan hem aangaat en ten hoogste tot het bedrag dat die medeschuldenaren weer aangaat. Als de bank echter niet volledig is afgelost, heeft de bank vaak weer een pandrecht op die eventuele regresvordering in verband met de zogenaamde 'vangnetbepaling' die over het algemeen in pandaktes ter zake debiteurenvorderingen is opgenomen.

## **PAULIANA**

De curator kan ten behoeve van de faillissementsboedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij het verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen (art. 42 Fw).

Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot één of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met wie of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn (lid 2).

Bij onverplichte rechtshandelingen binnen een jaar vóór faillissement wordt deze wetenschap vermoed aan beide zijden te bestaan:

- Bij overeenkomsten waarbij de waarde van de prestatie van de schuldenaar die aan de andere zijde aanmerkelijk overtreft;
- Bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld;
- Bij rechtshandelingen verricht met –kort gezegd- ‘intimi’.

De voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld kan alleen dan worden vernietigd, wanneer wordt aangetoond, hetzij dat hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, hetzij dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen (art. 47 Fw).

Voor dit laatste geldt dat ‘samenspanning’ vereist is, namelijk dat zowel bij de schuldeiser als bij de schuldenaar het oogmerk moeten hebben gehad met de betaling deze schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen, waardoor de andere schuldeisers zijn benadeeld. Wetenschap van benadeling is niet voldoende en evenmin betaling onder zware druk van de schuldeiser. Het vereiste van samenspanning is heel lastig te bewijzen.

## **BELASTINGDIENST EN UWV**

Op grond van art. 36 Invorderingswet 1990 is elke bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting, de omzetbelasting (en nog een aantal belastingen), verschuldigd door de vennootschap, als aannemelijk is, dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van een gedane ‘melding betalingsonmacht’.

Als een dergelijke melding niet (correct/tijdig) is verricht wordt vermoed dat de niet betaling aan de bestuurder is te wijten en dat de periode van drie jaren wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop het lichaam in gebreke is.

Tot de weerlegging van het vermoeden wordt slechts toegelaten de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat de vennootschap niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan.

Voor de toepassing van dit artikel wordt onder bestuurder mede verstaan:

- a. de gewezen bestuurder tijdens wiens bestuur de belastingschuld is ontstaan;
- b. de ‘feitelijk beleidsbepaler’;
- c. indien de bestuurder een rechtspersoon is, de bestuurders van die rechtspersoon.

Een soortgelijke regeling geldt op grond van art. 16d Coördinatiewet Sociale Verzekeringen in geval van niet-tijdige afdracht van sociale premies.

### *Termijn van melding*

De vennootschap is verplicht om onverwijld nadat is gebleken dat het niet tot betaling in staat is, maar uiterlijk 2 weken na de dag waarop de belasting dan wel premie behoorde te zijn betaald, de Belastingdienst (en UWV/Bedrijfspensioenfonds) van de betalingsonmacht in kennis te stellen.

Bij belasting die op aangifte wordt betaald: binnen twee weken nadat het bedrag van de aangifte moet zijn betaald.

Bij de premies werknemersverzekeringen en bedrijfspensioen: binnen twee weken nadat de nota of een termijn van een nota moet zijn betaald.

Bij een naheffingsaanslag: binnen twee weken na de uiterste betaaldatum van de aanslag, tenzij er sprake is van opzet en grove schuld (zie hieronder)

### *Opzet of grove schuld*

Als er een naheffingsaanslag wordt opgelegd omdat de verschuldigde belasting hoger is dan volgens de aangifte of de belasting die afgedragen is, kan, voor zover dit te wijten is aan opzet of grove schuld van het lichaam (de bestuurder), niet meer worden gemeld.

### *Geen aangifte gedaan*

Als over een bepaald tijdvak geen aangifte is gedaan, mag de betalingsonmacht wel gemeld worden. Ook hier geldt dat dan uiterlijk 2 weken na de dag waarop de belasting dan wel premie behoorde te zijn betaald en onverwijld nadat is gebleken dat betaling niet mogelijk is. Als er inmiddels al wel een aanslag is opgelegd, kan geen melding van betalingsonmacht meer worden gedaan.

### **Fiscale eenheid en regres**

De vennootschappen in een fiscale eenheid zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de fiscus voor de belastingen die deze fiscale eenheid verschuldigd is (art. 43 Inv.wet). gaat één van de vennootschappen failliet, dan zijn en blijven de andere vennootschappen aansprakelijk voor de door deze vennootschap onbetaald gelaten belastingen waarvoor een fiscale eenheid geldt.

Op grond van artikel 29 lid 2 Wet OB, komt daar bij faillissement vaak nog een substantiële vordering bij wegens de onterechte vooraf trek van de BTW, die weer gecorrigeerd dient te worden.

Artikel 29 lid 2 Wet OB luidt:

*“De ondernemer die ingevolge artikel 15 belasting in aftrek heeft gebracht ter zake van aan hem verrichte leveringen van goederen en diensten, wordt het afgetrokken bedrag naar evenredigheid als belasting verschuldigd op het tijdstip waarop en voor zover redelijkerwijs moet worden aangenomen dat hij de vergoeding waarop dat bedrag betrekking heeft, niet of niet geheel zal betalen dan wel heeft terugontvangen. De belasting wordt in ieder geval verschuldigd twee jaren na de opeisbaarheid van de vergoeding, voor zover deze op dat tijdstip nog niet is betaald. De verschuldigd geworden belasting wordt op de voet van artikel 14 voldaan.”*

Deze 29 lid 2 OB-schuld wordt bepaald aan de hand van de door de crediteuren van de failliete vennootschap bij de curator ingediende vorderingen, voor zover deze vorderingen onbetaald blijven.

Hoewel het faillissement de verbreking van de fiscale eenheid tot gevolg heeft (althans met de failliete

vennootschap), is de fiscale eenheid wel hoofdelijk aansprakelijk voor deze schuld (al wordt hierover ook wel anders gedacht, namelijk dat het een boedelschuld is en dus ontstaan na de verbreking van de fiscale eenheid).

Aangezien de 'art. 29 lid 2 OB-schuld' alleen de failliete vennootschap aan zal gaan, hebben de betalende vennootschappen van de fiscale eenheid een (eventueel verrekenbare) regresvordering op de failliete vennootschap voor het bedrag dat ten laste van (één van) hen is gekomen.

### **KETENAANSPRAKELIJKHEID**

De Ketenaansprakelijkheidregeling maakt de aannemer van een werk aansprakelijk voor de loonbelasting/premie volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen die zijn onderaannemer in verband met (een deel van) het werk moet afdragen. De Ketenaansprakelijkheidregeling maakt elke schakel in de keten aansprakelijk voor alle volgende schakels.

Om het risico van aansprakelijkheid te beperken, kan de onderaannemer een geblokkeerde rekening (G-rekening) openen. De aannemer stort op deze G-rekening bedragen die overeenkomen met de loonbelasting/premie volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen die de onderaannemer in verband met het werk moet afdragen.

### **(CONCERN)GARANTIES**

Ook op grond van afgegeven garanties kan de bestuurder (of groepsvennootschappen) aansprakelijk zijn jegens een crediteur van de failliete vennootschap. Indien er wordt betaald naar aanleiding van die garantie, ontstaat in beginsel wel een regresvordering op de failliete vennootschap. Als deze pas na faillissement ontstaat, is er op dit moment nog discussie of een dergelijke regresvordering verrekenbaar is met een schuld aan de failliete vennootschap. Daarover zijn prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Op de beantwoording daarvan wordt met spanning gewacht.