

FAILLISSEMENT EN DE COMMISSARIS

Mr. Fenna van Dijk

De coronapandemie laat ook in de Nederlandse economie zijn sporen na en het einde is nog niet in zicht. Ondanks dat er tot en met week 44 van 2020 minder faillissementen werden uitgesproken dan in dezelfde periode vorig jaar, zijn de vooruitzichten somber. Het Centraal Bureau voor de Statistiek onderzocht begin september het vertrouwen in het bedrijfsleven. In de meeste bedrijfstakken verwachtte meer dan de helft van de bedrijven in september minstens nog een jaar te bestaan. Alleen in de horeca was dit een minderheid van 43 procent van de ondernemers. Dat betekent dat er dus een grote groep ondernemers is die verwacht dat zijn of haar onderneming het – ondanks de steunmaatregelen – niet gaat redden.

Een faillissement aanvragen

Wanneer het er naar uitziet dat een onderneming niet aan haar lopende verplichtingen kan blijven voldoen en additionele financiering niet meer mogelijk is, kan zij haar eigen faillissement aanvragen. Ook kan een faillissement worden uitgesproken op verzoek van een of meer schuldeisers. Voorwaarde voor faillietverklaring in dat geval is dat ten minste twee schuldeisers onbetaald worden gelaten, en dat de vordering van ten minste één schuldeiser opeisbaar is. Zodra het faillissement wordt uitgesproken, worden een of meer curatoren benoemd. De onderneming verliest met de uitspraak het beheer en de beschikking over haar vermogen; alleen de curator is nog beheers- en beschikkingsbevoegd. In geval van een rechtspersoon, blijven de bestuurders en leden van de Raad van Commissarissen in hun functie totdat de entiteit is ontbonden.

Adempauze: surseance van betaling

Wanneer er sprake is van een tijdelijk liquiditeitsprobleem, kan een surseance van betaling uitkomst bieden. Dit kan alleen aangevraagd worden door de onderneming die in de problemen is. Surseance van betaling wordt in de praktijk altijd direct na indiening van het verzoek voorlopig verleend. Daarbij worden een of meer bewindvoerders benoemd. Deze nemen – anders dan curatoren in faillissement – niet als het ware het bestuur over, maar nemen plaats naast het bestuur: het bestuur blijft bevoegd, maar heeft voor alles medewerking van de bewindvoerders nodig, terwijl omgekeerd de bewindvoerders niets kunnen zonder medewerking van het bestuur.

De rol van de commissaris

Veel ondernemers en bestuurders van ondernemingen zijn geneigd ‘de kop in het zand te steken’ en wachten te lang met het nemen van ingrijpende maatregelen. Begrijpelijk, maar niet verstandig. Hier kan en moet de commissaris een belangrijke rol spelen. Tijden van (dreigend) financieel zwaar weer vragen betrokkenheid en ondersteuning. Voorwaarde voor het goed kunnen vervullen van hun rol is dat de commissarissen voortdurend accuraat op de hoogte zijn van de actuele ontwikkelingen. Hier ligt vanzelfsprekend een taak van het bestuur maar óók van de commissarissen. Een tijd van crisis vraagt om proactief toezicht. Als de ontvangen informatie onduidelijk is, moet de commissaris doorvragen. De commissaris moet zorgen voor voldoende kennis (en als dit ontbreekt voor hulplijnen) zodat hij of zij zorgvuldig kan

handelen en weloverwogen ingewikkelde beslissingen kan nemen.

Gronden voor aansprakelijkheid

Een bestuurder hoeft doorgaans niet in privé op te draaien voor de schulden van een bedrijf. Ook niet in een faillissement. Toch blijft het oppassen. De curator gaat in faillissement namelijk standaard na of er vanwege onbehoorlijk bestuur niet toch iets in privé te verhalen valt op de bestuurder(s). Daarbij kan de curator zich bedienen van zogeheten “wettelijke bewijsvermoedens”. Ook voor commissarissen van de meeste rechtspersonen is het belangrijk alert te blijven. Ook zij kunnen aansprakelijk worden gesteld door de curator. Als er sprake is van het schenden van de administratie- of publicatieplicht in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement, geldt dat hiermee kennelijk onbehoorlijk bestuur of toezicht vaststaat. Ook biedt de wet het bewijsvermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een bestuurder of commissaris mag alsnog proberen te bewijzen dat het onbehoorlijk bestuur of toezicht niet aan hem of haar heeft gelegen maar de praktijk wijst uit dat dit heel moeilijk is. Tot slot is het goed te realiseren dat ook het publiceren van een misleidende jaarrekening aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van NV's en BV's met zich mee kan brengen.

Veranderingen op komst voor commissaris bij stichting en vereniging

Bij de Eerste Kamer ligt het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht gereed voor behandeling. Deze wet biedt een uniforme grondslag van interne aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen, ook stichtingen en verenigingen. Ook de regeling van de aansprakelijkheid in faillissement wordt uniform. Dat betekent dat commissarissen van stichtingen en verenigingen ook aansprakelijk gehouden kunnen worden in geval van faillissement van de rechtspersoon. Hierop is in de wet een uitzondering gemaakt voor stichtingen en verenigingen die geen vennootschapsbelasting hoeven te betalen én die

niet op basis van sectorale wet- of regelgeving een financiële verantwoording hoeven te publiceren die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening.

Praktische tips voor bestuurders en commissarissen
Zorg voor een sluitende administratie en deponering van jaarstukken binnen de daarvoor geldende termijn. En meld bij belastingdienst, UWV en pensioenfonds tijdig betalingsonmacht. Hiervoor zijn formulieren beschikbaar op de websites van deze organisaties. Niet tijdige melding bij de belastingdienst levert bestuurdersaansprakelijkheid op. Ook betalingsonmacht van tijdelijke aard moet gemeld worden. Tot slot: vermijd, zeker in het zicht van een faillissement, selectieve betalingen. Het is niet toegestaan bewust een schuldeiser niet te betalen terwijl andere schuldeisers wel betaald worden, of omgekeerd: de ene schuldeiser wordt wel betaald en alle andere niet. Een alerte commissaris ziet erop toe dat de ellendige positie van de onderneming en diens bestuur, door ondoordacht of onzorgvuldig handelen van de bestuurder, niet alleen maar groter wordt.

Over de auteur

Mr. Fenna van Dijk is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg Kennedy Van der Laan. Fenna begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.

