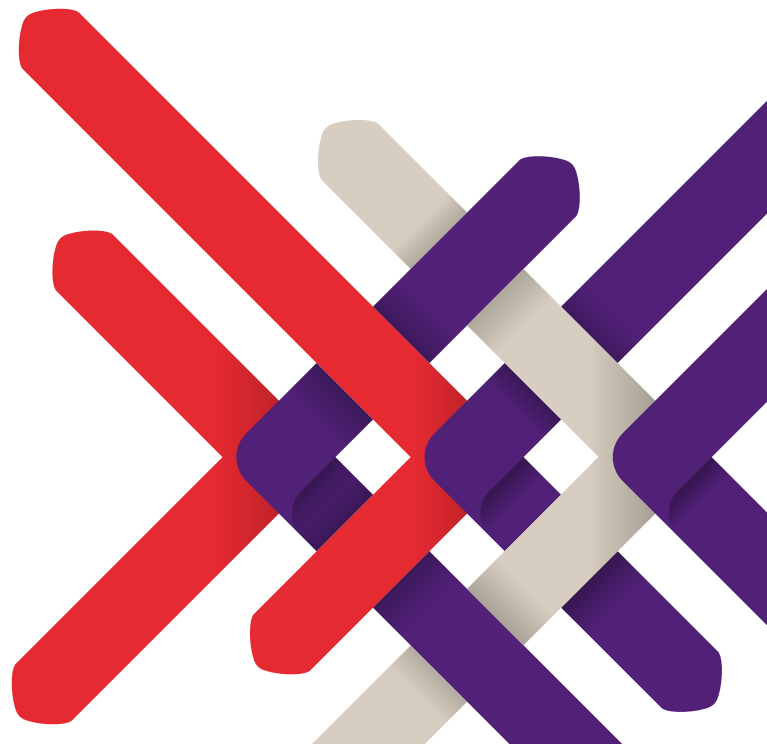


Checklist risico's en aansprakelijkheden bij (dreigend) faillissement en zwaar weer

Door de aanhoudende coronacrisis krijgen steeds meer vennootschappen te maken met financiële problemen. Dreigt er een faillissement? Dan kan het voor u als bestuurder van belang zijn om risico's en aansprakelijkheden in kaart te brengen. Zonder dat u het beseft, leidt een faillissement namelijk al snel tot bestuurdersaansprakelijkheid wanneer een curator aantoont dat het faillissement voor een groot deel te wijten is aan de bestuurder. Het hoeft hierbij niet te gaan om een roekeloze bestuurder; een gebrekkige administratie of het te laat indienen van de jaarrekening is volgens de wet al onbehoorlijk bestuur. Het levert een 'vermoeden' op dat dit een belangrijke reden is geweest voor het faillissement. Om aansprakelijkheid te voorkomen moet u als bestuurder vervolgens zelf aantonen dat er andere redenen zijn voor het faillissement. Met onderstaande checklist brengt u bij een (dreigend) faillissement de risico's en aansprakelijkheden van uw BV in kaart. Zo beperkt u het risico op (bestuurders-)aansprakelijkheid.



Welke vragen moet u zich stellen?

De vragen die u niet met een 'ja' beantwoordt, zijn voor u de aandachtspunten die het risico op bestuursaansprakelijkheid vergroten.

Formaliteiten oprichting

Ja

Is de vennootschap meer dan een jaar geleden opgericht?

Indien dit korter is dan een jaar wordt aansprakelijkheid van de bestuurder sneller aangenomen.

Zijn eventuele rechtshandelingen verricht vóór de oprichting expliciet namens de vennootschap in oprichting aangegaan?

Zijn na de inschrijving van de vennootschap (uitdrukkelijk of stilzwijgend) de rechtshandelingen namens de vennootschap in oprichting bekrachtigd?

Zijn kasopnames van vóór het moment van oprichting uitdrukkelijk door de vennootschap bekrachtigd?

Kapitaal en uitkering aan aandeelhouders

Ja

Is het geplaatste aandelenkapitaal volledig volgestort door de aandeelhouder(s) bij of na oprichting of latere uitgifte?

Uitkeringstest: heeft het bestuur (terecht) goedkeuring verleend aan een uitkering van winst of reserves?

Niet alleen bij uitkering van winst of reserves, maar bij elke vorm van vermogensuitkering aan aandeelhouders dient de uitkeringstest plaats te vinden (zoals inkoop, intrekking of afstempeling van eigen aandelen door de BV).

Balanstest: heeft een balanstest plaatsgevonden?

Uitkering is slechts mogelijk voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves. Is in strijd hiermee toch een uitkering gedaan, dan dient de uitkering te worden terugbetaald.

Is de uitkering steeds betaalbaar gesteld op het moment van de uitkeringstest/goedkeuring door het bestuur?

Zijn de voorschriften telkens nageleefd indien de statuten verwijzingen bevatten naar oud recht, bijvoorbeeld bij:

- inkoop van eigen aandelen is beperkt tot 50 procent van het geplaatst kapitaal;
- voor verkrijging van aandelen aan het bestuur moet machtiging zijn verleend door de algemene vergadering (AV);
- geen zekerheid met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal.

Boekhoud- en jaarrekeningenplicht

Ja

Is de administratie up-to-date en volledig?

Is de jaarrekening tijdig vastgesteld en gepubliceerd?

Zijn er uitstelnotulen gemaakt?

Vermelden de jaarstukken de datum van vaststelling?

Bestuursstructuur

Ja

Is er geen sprake van een aandeelhouder en/of gevolmachtigde die zich feitelijk als bestuurder gedraagt zonder dat hij formeel bestuurder is?

Is er een wettelijk of statutair (verplichte) raad van commissarissen (RvC)?

Heeft het bestuur tijdig de voor de uitoefening van de taak van de RvC noodzakelijke gegevens verschaft?

Is de RvC tijdig en op de juiste wijze betrokken bij de besluitvorming?

Is de besluitvorming schriftelijk vastgelegd?

Besluitvorming

Ja

Er zijn geen besluiten buiten vergadering genomen, indien dit wel het geval is:

Heeft dit plaatsgevonden met algemene stemmen?

Zijn er geen certificaten van aandelen met vergaderrecht?

Hebben alle aandeelhouders zich schriftelijk voor dit besluit uitgesproken?

Indien niet alle bovenstaande boxen zijn aangevinkt bij een besluit buiten vergadering levert dit een risico op.

Worden de formaliteiten met betrekking tot het bijeenroepen van een AV in acht genomen?

Wordt bij de besluitvorming rekening gehouden met de wettelijke en statutaire vereisten?

Indien dit niet het geval is, zijn besluiten achteraf alsnog bekrachtigd?

Wordt van het verhandelde in de AV, met inachtneming van de statutaire vereisten, notulen opgemaakt?

Is in alle gevallen van (mogelijk) tegenstrijdig belang tussen de bestuurder/alle bestuurders en de vennootschap de regeling voor tegenstrijdig belang correct nageleefd? Hierbij is goedkeuring van de AV vereist.

Is in de gevallen waarin de statuten dit vereisen de voorafgaande goedkeuring van het bestuursbesluit door de AV verkregen en vastgelegd in AV-notulen?

Verricht de vennootschap geen activiteiten buiten de statutaire doelomschrijving om?

Behoorlijk bestuur

Ja

Worden transacties tussen de (enig) aandeelhouder/tevens bestuurder en de vennootschap schriftelijk vastgelegd (denk bijvoorbeeld aan: arbeidsovereenkomst, rekeningcourantovereenkomst, leningsovereenkomst, huurovereenkomst)?

Indien belasting-, premie- en pensioenschulden niet tijdig zijn betaald: is tijdig melding gedaan van betalingsonmacht bij de betreffende instanties (belastingdienst/bedrijfspensioenfonds)?

Zijn er geen overeenkomsten gesloten waarvan voorzienbaar was dat deze niet nagekomen zouden kunnen worden?

Indien onverplichte rechtshandelingen zijn verricht, zijn schuldeisers hierbij niet benadeeld?

Bijvoorbeeld het aflossen van een lening, zonder dat deze opeisbaar is.

NB De curator kan deze rechtshandelingen onder omstandigheden terugdraaien (dit wordt actio pauliana genoemd).

Dit is het einde van de vragenlijst. Alle vragen die u **niet** met een 'ja' kon beantwoorden, zijn voor u de aandachtspunten die het risico op bestuursaansprakelijkheid vergroten.

Wat kan u nog meer doen?

Hieronder geven we u nog een aantal check- en actiepunten welke u door kan lopen om het risico op bestuursaansprakelijkheid te verkleinen.

Check bij groepsaansprakelijkheid, garanties, 403-verklaringen, financiering

- Is er een door de holding afgegeven hoofdelijke aansprakelijkheidsverklaring gedeponereerd bij het handelsregister (ex art: 2:403 BW)?
- Is de jaarlijkse instemmingsverklaring tijdig gedeponereerd?
- Zijn er binnen de groep garanties/zekerheden aan groepsleden afgegeven?
- Is de BV hoofdelijk aansprakelijk voor verplichtingen die door de groep als geheel zijn aangegaan?
- Zijn er zekerheden gesteld als (bank)garanties, letters of comfort, vermogensinstandhoudingsverklaring en andere zekerheidsstellingen voor schulden van de onderneming of (gelieerde) vennootschappen en derden?
- Zijn er aansprakelijkstellingen jegens de bank of gekoppelde financieringen?
- Heeft de holding (zonder formeel partij te zijn) garanties en zekerheden meegetekend?
- Bestaat er een vaste financiering door de holdingmaatschappij aan de dochter?
- Beschikt de ondernemer over financieringen van derden? Bijvoorbeeld kredietovereenkomsten met banken of andere derden (waaronder inbegrepen lease-overeenkomsten)?
Indien ja:
 - Sluiten deze financieringen voldoende aan bij de normale bedrijfsvoering (niet te hoog/te laag)?

- Staan de eventueel gestelde zekerheden in verhouding tot de ontvangen financiering?
- Kan de ondernemer voldoen aan zijn verplichtingen uit deze financieringen?

Pas op in de volgende situaties

- Indien u bewust een toestand creëert waardoor betaling van een schuld wordt verhinderd en crediteuren worden benadeeld (onder andere het leeghalen van de vennootschap; overdracht activa, al dan niet tegen vergoeding).
- Indien bovenstaande benadeling van crediteuren plaatsvindt valt dit volgens de wetgeving onder 'onbehoorlijk bestuur'. Een bestuurder kan zich dan niet gemakkelijk verschuilen achter een rechtspersoon voor de aansprakelijkheid.
- Het selectief betalen van schuldeisers in het zicht van faillissement (bijvoorbeeld voorrang bij betalen van schuldeisers die nodig zijn bij een doorstart, zoals lonen, UWV, verhuurder, accountant).
- Betalingsonwil: zolang betaling niet onmogelijk is. Een voorbeeld is het niet benutten van kredietfaciliteiten. Dit kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn.
- Bij het aangaan van rechtshandelingen, indien men weet of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.
- Het uitkeren van dividenden indien de vennootschap (op termijn) niet aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen. Bijvoorbeeld indien op het moment dat duidelijk is dat de vennootschap financiële problemen heeft een groot

- bedrag aan dividend wordt uitgekeerd. Als voorheen nooit dividend werd uitgekeerd kan dit onrechtmatig zijn.
- Misbruik bij het aanvragen van eigen faillissement.

Concrete actiepunten

- Check de inschrijving in het handelsregister: onjuiste inschrijving kwalificeert als economisch delict, zorg dat uitgetreden bestuurders en gevolmachtigden ook daadwerkelijk zijn uitgeschreven.
- Check de vastlegging van besluiten: het bestuur moet aantekening houden van besluiten, het niet voldoen is een economisch delict. Met name decharge, vaststelling jaarrekening, uitstelnotulen, dividend, goedkeuring dividend, et cetera.
- Check bij BV's waar alle aandeelhouders ook bestuurder zijn of art. 2:210 lid 5 BW statutair is uitgesloten.
- Zorg voor goed contractmanagement; welke contracten lopen af, welke kunnen worden opgezegd.
- Zorg voor AVG compliance.

Strategische vraagstukken

- Is reorganisatie nog mogelijk? Ontslagen?
- Wie zijn de belangrijkste crediteuren? Kunnen daarmee afspraken worden gemaakt over uitstel van betaling, kwijtschelding, achterstelling, et cetera? Is een akkoord met alle schuldeisers mogelijk?
- Welke overeenkomsten kunnen beëindigd worden, wat is minimaal nodig om door te starten?
- Bepaalde partijen te vriend houden in verband met eventuele doorstart?
- Sterfhuisconstructie opzetten/doorstart voorbereiden?
- Wanneer trekt de bank de stekker eruit?
- Wanneer moet de ondernemer zelf ingrijpen? Opletten dat geen nieuwe overeenkomsten/verplichtingen worden aangegaan als op voorhand duidelijk is dat deze niet kunnen worden nagekomen.

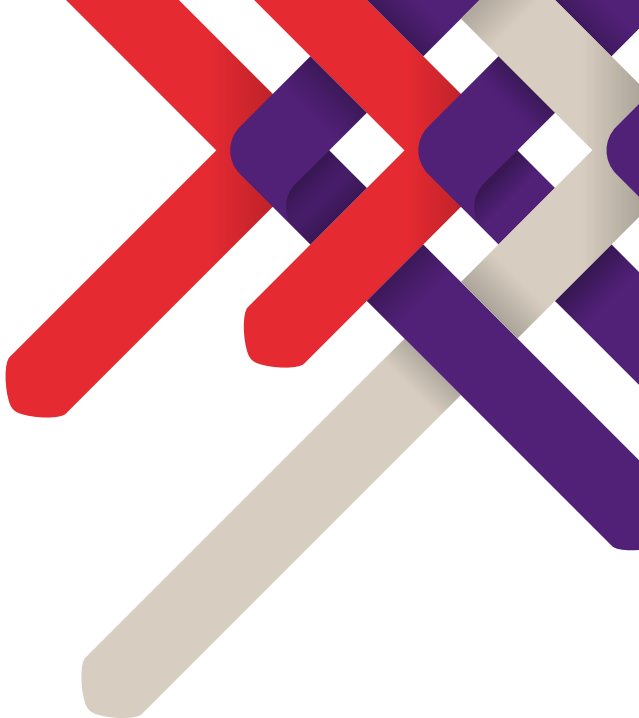
Heeft de omzetting van de eenmanszaak of VOF in BV zin?

Heeft u een onderneming in de vorm van een eenmanszaak of een vennootschap onder firma (VOF), dan loopt u extra risico. Volgt faillissement, dan omvat dit ook uw privévermogen en wellicht ook het privévermogen van uw echtgeno(o)t(e). Onder omstandigheden kan het zin hebben om een VOF of eenmanszaak snel om te zetten in een BV om aansprakelijkheidsrisico's te beperken. Er zijn diverse aandachtspunten die bij een voornemen tot omzetting van een eenmanszaak in een BV moeten worden afgewogen, de belangrijkste zijn:

- Omzetting is zinloos als faillissement al dreigt: degenen die namens de op te richten BV handelden zijn hoofdelijk aansprakelijk indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de BV haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen.
- De BV moet na oprichting een jaar blijven draaien. Indien de BV binnen een jaar failliet gaat, is volgens de wet sprake van een 'vermoeden' dat de oprichter wist dat de BV niet zou kunnen nakomen. De oprichter is dan aansprakelijk, tenzij hij kan bewijzen dat één en ander niet voorzienbaar was.
- Als er werknemers zijn, blijft de oude werkgever een jaar lang hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen jegens die werknemers die zijn ontstaan vóór de omzetting/inbreng.

- Een notariële inbrengakte is niet voldoende om contractsovername tot stand te laten komen. U heeft medewerking nodig van de wederpartijen voor inbreng van schulden en contracten.
- Inbreng is een onverplichte rechtshandeling die in faillissement kan worden vernietigd op grond van de actio pauliana (zie uitleg onder 'Behoorlijk bestuur' hierboven).
- Kosten notaris: er moeten statuten worden opgesteld en een notariële inbrengakte.
- Er moet een inbrengbeschrijving komen van hetgeen wordt ingebracht, de daaraan toegekende waarde en de waarderingsmethode. In uitzonderlijke gevallen is het mogelijk dat voordat de inbreng plaatsvindt de waarde op de inbrengbeschrijving aanzienlijk daalt. In dat geval moet een nieuwe inbrengbeschrijving worden gemaakt. Een voorbeeld van een uitzonderlijk geval is de verwoesting van een in te brengen fabriek zonder verzekeringsdekking. Of waardedaling als gevolg van de coronacrisis hier ook onder valt, zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden.





Contact

Wilt u meer weten of heeft u een vraag? Neem contact op met Jan van Ederen of ga naar [grantthornton.nl/legal](https://www.grantthornton.nl/legal).



Jan van Ederen

Partner legal

T +31 (0) 88 676 9794

E jan.van.ederen@nl.gt.com



Grant Thornton

An instinct for growth™

www.gt.nl

© Grant Thornton Accountants en Adviseurs B.V. Alle rechten voorbehouden.
Grant Thornton Accountants en Adviseurs B.V. is lid van Grant Thornton International Ltd
(Grant Thornton International). Grant Thornton International en haar leden zijn geen wereldwijde vennootschap.
Diensten worden geleverd door onafhankelijke leden.