

## Blogreeks 'Herstructureren in crisistijd'

### **Praktische handreikingen bij herstructurering in 5-voor-12-situaties**

Datum: 6 januari 2023

Als gevolg van de recente economische ontwikkelingen komen steeds meer ondernemingen in zwaar weer terecht. Ook het aantal uitgesproken faillissementen neemt sinds kort weer toe. Belangrijk is daarom dat u op tijd de problemen binnen uw onderneming signaleert en daarop de juiste acties onderneemt. In deze zesde blog van de 8-delige blogreeks 'Herstructureren in crisistijd', geeft Margreet Eveleens-van der Zwaag handreikingen aan bestuurders voor 5-voor-12-situaties van hun onderneming.

Een bestuurder doet er doorgaans alles aan om een vennootschap die in financiële moeilijkheden verkeert, te redden. Toch kan de vennootschap, door verschillende oorzaken, terechtkomen in een zwart scenario. Er moeten in dat geval onder hoge druk keuzes te worden gemaakt over de wijze van afwikkeling van de onderneming en de voorbereiding daarvan.

#### **Mag ik de onderneming nog voortzetten als mijn onderneming bijna failliet is?**

Het is niet noodzakelijk om een onderneming direct stil te leggen zodra duidelijk wordt dat deze niet meer langdurig kan voortbestaan. Voor het behoud van de waarde van de onderneming en de kans op een succesvolle doorstart (binnen en buiten faillissement) is het juist aan te bevelen om de onderneming te laten doordraaien. Het is daarbij wel erg belangrijk dat de hierna te noemen aandachtspunten in het oog worden gehouden, vanwege [bestuurdersaansprakelijkheidsrisico's](#).

#### **Wie mag ik nog betalen als mijn onderneming bijna failliet is?**

Bestuurders hebben in beginsel de vrijheid om zelf te bepalen in welke volgorde schuldeisers worden voldaan. Dit verandert op het moment dat duidelijk is of behoort te zijn dat een faillissement onafwendbaar is. Vanaf dat moment moet bij betalingen rekening worden gehouden met de onderlinge voorrangrechten en (voor de niet-bevoorrechte schuldeisers) met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Een bestuurder die dit niet doet en in deze fase zogenaamde selectieve betalingen verricht, loopt het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld. Uit de jurisprudentie volgt dat aansprakelijkheidsvorderingen met name worden toegewezen bij betalingen aan gelieerde partijen of bij betalingen waarbij de bestuurder een persoonlijk belang had. Bestuurders moeten er dus voor waken dat zij in de fase waarin het faillissement onafwendbaar is, selectieve betalingen verrichten.

#### **Wie moet ik informeren als mijn onderneming bijna failliet is?**

Als de vennootschap de verschuldigde belastingen en premies niet kan betalen, moet de bestuurder schriftelijk betalingsonmacht melden bij de Belastingdienst en/of het bedrijfspensioenfonds. Dit moet plaatsvinden binnen twee weken nadat de vennootschap de belastingen of premies had moeten betalen. Wanneer dit niet gebeurt, kan de bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld worden voor de onbetaald gebleven belastingen en premies. De melding betalingsonmacht kan worden gedaan [via een formulier op de website van de Belastingdienst](#) (deel 2 van het formulier is bestemd voor het bedrijfspensioenfonds). Deze melding blijft geldig totdat de aanslagen waarvoor betalingsonmacht is gemeld, zijn voldaan of de vennootschap schriftelijk bericht heeft ontvangen van de Belastingdienst dat geen sprake meer is van betalingsonmacht.

#### **Mag ik nog nieuwe overeenkomsten aangaan als mijn onderneming bijna failliet is?**

Overeenkomsten die de vennootschap kan en zal nakomen, mogen (ook in de laatste fase voor een eventueel faillissement) nog worden gesloten. Hierbij dient wel de toets te worden gedaan of de nakoming een selectieve betaling oplevert zoals hiervoor besproken. Overeenkomsten waarvan bij het

sluiten ervan vaststaat dat de vennootschap deze niet kan nakomen en ook geen verhaal biedt voor de schade van de schuldeiser, kunnen beter niet meer worden gesloten. In dat geval kan de bestuurder die de overeenkomst namens de vennootschap is aangegaan namelijk persoonlijk aansprakelijk worden gesteld door de schuldeiser. Hij kan zich dan nog tegen een dergelijke aansprakelijkheid verweren, bijvoorbeeld door te stellen dat hem geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

## **Waar moet ik rekening mee houden bij het verkopen van vermogensbestanddelen als mijn onderneming bijna failliet is?**

In de fase voorafgaand aan een faillissement is er doorgaans sprake van een liquiditeitstekort. Het kan in die fase nodig zijn om vermogensbestanddelen te verkopen om met de opbrengst bepaalde schulden af te lossen. Bij dergelijke verkopen is het erg belangrijk dat er een reële koopsom wordt voldaan. Om dat (achteraf) te kunnen bewijzen, is het raadzaam om de vermogensbestanddelen door een onafhankelijke deskundige te laten taxeren en het taxatierapport op te nemen in de administratie. Daarnaast is het raadzaam om de koopsom niet te verrekenen maar giraal of contant (met ontvangstbevestiging) te laten voldoen. Bij een te lage of een verrekenende koopsom bestaat namelijk het risico dat een eventuele curator zich op het standpunt stelt dat de gezamenlijke schuldeisers door de rechtshandeling zijn benadeeld. De curator kan echter slechts tot vernietiging van de rechtshandeling overgaan als hij kan bewijzen dat ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar (en bij wederkerige overeenkomsten ook voor de wederpartij).

## **Moet ik mij in de fase dat mijn onderneming bijna failliet is nog focussen op de administratie?**

Het kan gebeuren dat een bestuurder in een 5-voor-12-situatie zoveel stress en druk ervaart dat hij niet toekomt aan het bijwerken van de administratie. Toch is dat niet verstandig. Een curator zal namelijk direct na het faillissement een kopie van de volledige administratie vragen, zodat hij (onder meer) kan onderzoeken of er is voldaan aan de wettelijke boekhoudplicht. Deze plicht houdt kortgezegd in dat het bestuur op zodanige wijze een administratie moet voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Als blijkt dat de administratie hieraan niet voldoet, staat volgens de wet vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als de bestuurder niet slaagt in het weerleggen van dit bewijsvermoeden, bestaat het risico dat hij persoonlijk aansprakelijk is voor het faillissementstekort (alle schulden die na het faillissement onbetaald blijven). Daarom is het raadzaam om ook in de laatste fase van het faillissement tijd te investeren in het bijwerken van de administratie.

## **Moet ik nog jaarrekeningen deponeren als mijn onderneming bijna failliet is?**

Als jaarrekeningen niet tijdig (binnen 12 maanden na afloop van het boekjaar) zijn gedeponerd, staat volgens de wet vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit leidt tot hetzelfde risico als hiervoor besproken bij de administratieplicht. Het is dus verstandig om jaarrekeningen waarvan de deponeringstermijn nog niet is verstreken, alsnog te deponeren.

## **Kortom**

Maak bij het besturen van een onderneming in zwaar weer duidelijke afwegingen, bijvoorbeeld bij de keuze of er nog nieuwe contracten worden aangegaan of betalingen worden verricht. En schakel tijdig deskundige hulp in.

Wilt u meer weten over de (on)mogelijkheden in 5-voor-12-situaties? Neem dan gerust contact op met een van onze specialisten. Wij zijn u graag van dienst.

Voor meer informatie:

Margreet Eveleens-van der Zwaag  
+31 30 25 95 566  
[margreeteveleens@vbk.nl](mailto:margreeteveleens@vbk.nl)