

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het NBA platform / tijdschrift [accountant](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

COLUMN FAILLISSEMENTSRECHT | 01 februari 2019

Faillissement aanvragen zonder raadplegen aandeelhouders: mag dat?

Een bestuurder bij een bedrijf dat onbemande helikopters maakt vraagt eind 2011 faillissement aan van het bedrijf zonder aandeelhouders te raadplegen. De Hoge Raad oordeelt dat er sprake kan zijn van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Dat kan behoorlijke financiële gevolgen hebben voor de bestuurder.

Eind december 2018 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het aanvragen van het faillissement van een vennootschap door een bestuurder onder omstandigheden kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Dat kan de bestuurder duur komen te staan, omdat de bestuurder bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Toestemming

Geocopter is een onderneming die zich richtte op onder meer de ontwikkeling en verkoop van onbemande helikopters. De onderneming werd gefinancierd door twee aandeelhouders en drie investeerders. Op de algemene vergadering (AV) van 17 oktober 2011 stond als agendapunt vermeld: toestemming aan de directie om het faillissement van de vennootschap aan te vragen. Uit de notulen van die vergadering blijkt dat die toestemming is verleend: de aandeelhouders gaan unaniem akkoord met het verlenen van toestemming aan de directie voor het aanvragen van het faillissement indien dat noodzakelijk mocht blijken.

Eind november 2011 heeft er een tweede AV plaatsgevonden waarop is besloten dat de investeerders een lening van 75 duizend euro zouden verstrekken. De lening zou te zijner tijd worden afgelost of worden vervangen door een nieuwe lening of participatie van 150 duizend euro door de bestaande aandeelhouders. Het bedrag van 75 duizend euro is de dag na de AV aan de onderneming ter beschikking gesteld. Ongeveer twee weken later vindt er wederom een AV plaats. De aandeelhouders hebben toen onder meer te kennen gegeven dat zij op de hoogte gehouden wilden worden van de verkoopvorderingen van de helikopters.

Eigen aangifte

Eind december 2011 dient de bestuurder van de onderneming bij de rechtbank een eigen aangifte tot faillietverklaring in. In de toelichting schrijft de bestuurder dat het vertrouwen bij de investeerders in Geocopter weg was en dat zij de tweede helft van het toegezegde bedrag van 150 duizend euro niet meer zouden storten. In de toelichting vermeldt de bestuurder verder dat dit betekende dat het salaris niet meer kan worden betaald en dat hij het als bestuurder niet meer verantwoord vindt om op deze basis door te gaan met Geocopter.

Op 11 januari 2011 wordt Geocopter in staat van faillissement verklaard, met benoeming van een curator. Kort daarna ontvangt de curator een poststuk van een Braziliaanse partij. Het poststuk bevatte een zogeheten non-disclosure agreement tussen Geocopter en de Braziliaanse partij. In de

overeenkomst valt onder meer te lezen dat de Braziliaanse partij voor een bedrag van 225 duizend euro een helikopter zou kopen van Geocopter.

Continuïteit

De curator verwijt de bestuurder dat hij het faillissement van de onderneming heeft aangevraagd zonder de aandeelhouders te raadplegen. De curator stelt dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en houdt de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort. De rechtbank wijst de vordering toe. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof staat vanzelfsprekend stil bij de inhoud van het aandeelhoudersbesluit van 17 oktober 2011 waarin staat dat er aan de bestuurder toestemming is verleend om het faillissement aan te vragen indien dat noodzakelijk mocht blijken.

Het hof oordeelt dat alle betrokkenen in de periode liggend tussen het besluit van de AV en de aanvraag van het faillissement de continuïteit van de onderneming voor ogen hadden. Het is om die reden dat het besluit van de AV niet meer de bevoegdheid aan de bestuurder gaf om het faillissement aan te vragen. Althans de bestuurder mocht het faillissement niet aanvragen zonder eerst nader overleg met de aandeelhouders te plegen. De bestuurder heeft hier echter geen enkel overleg over gevoerd.

Bovendien had de bestuurder onderzoek moeten doen naar een op handen zijnde overeenkomst met een klant in Brazilië. Het hof kwalificeert de handelwijze van de bestuurder als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Van die handelwijze kan de bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt. De bestuurder wordt daarom aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort.

Bescherming schuldeisers

In de wet is bepaald dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het daarop betrekking hebbende artikel strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap.

In een ander wetsartikel is bepaald dat het bestuur zonder opdracht van de AV tenzij de statuten anders bepalen niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap. Dit artikel is in de wet opgenomen en strekt tot bescherming van de belangen van de vennootschap en de aandeelhouders. Dat is dus een ander belang dan dat van de gezamenlijke schuldeisers.

Bevoegdheid

De bestuurder is het niet eens met de uitspraak van het hof en gaat in cassatie. Bij de Hoge Raad heeft de bestuurder aangevoerd dat het hof heeft miskend dat laatstgenoemde wetsartikel niet strekt tot bescherming van de belangen van de schuldeisers. En dat de curator tot taak heeft om op te komen voor de belangen van de schuldeisers. De curator zou dus geen bevoegdheid hebben om te procederen.

De Hoge Raad ziet dit toch iets genuanceerder. De Hoge Raad oordeelt dat het juist is dat dat wetsartikel inderdaad strekt tot bescherming van de belangen van de vennootschap en haar aandeelhouders. De Hoge Raad overweegt echter vervolgens dat het in strijd handelen met dit artikel onder omstandigheden tevens de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan schaden en dus op die grond kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De curator heeft in dat geval wel de bevoegdheid om hierover te procederen.

Voorwaarden

Volgens de Hoge Raad is het hof onvoldoende ingegaan op de stelling van de bestuurder dat hij de schuldeisers juist heeft willen beschermen tegen het door de vennootschap verder aangaan of verder doen oplopen van onverhaalbare schulden. Bovendien oordeelt de Hoge Raad dat uit het oordeel van het hof niet blijkt of en zo ja op welke wijze het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geschaad. De Hoge Raad doet de zaak niet zelf af maar verwijst de zaak naar een ander hof.

Het is in het belang van zowel aandeelhouders als bestuurders om in de notulen van een AV goed vast te leggen dat het bestuur toestemming van de aandeelhouders krijgt om het faillissement van de vennootschap aan te vragen. Het verdient aanbeveling om daaraan niet allerlei voorwaarden te verbinden. Dat kan namelijk leiden tot allerlei discussies en onzekerheden. In deze zaak verleende de AV toestemming aan het bestuur om het faillissement aan te vragen indien dat noodzakelijk mocht blijken. Dat laatste is voer voor discussie en onzekerheid. Dat bleek ook in deze zaak het geval te zijn.

Uitspraak Hoge Raad ECLI:NL:HR:2018:2370