

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID: DE TEGENBEWIJSUITSLUITING ONTSLOTEN

Iets minder onredelijk

De toepassing van bestuurdersaansprakelijkheid is zijn doel voorbijgeschoten, met name rond het niet tijdig of rechtsgeldig melden van betalingsonmacht. In die gevallen konden bestuurders zich niet of nauwelijks verweren tegen de aantijging van onbehoorlijk bestuur. De Hoge Raad bracht daarin verandering.

AUTEUR: FERRY PIEK* | BEELD: SHUTTERSTOCK

Fiscale aansprakelijkstelling van bestuurders vindt in de praktijk bijna uitsluitend plaats op grond van het niet (tijdig of rechtsgeldig) melden van betalingsonmacht, de onmogelijkheid belastingschulden te voldoen. Volgens de wet mag de fiscus daar meteen aan koppelen dat dit de bestuurder te verwijten is: er is sprake van een wettelijk 'bewijsvermoeden'. Aan dit bewijsvermoeden zit ook een zogeheten tegenbewijsuitsluiting vast: een bestuurder moet eerst aannemelijk maken dat het niet aan hem te wijten is dat er niet is gemeld, voordat hem wordt toegestaan zich te verdedigen, het wettelijk vermoeden te weerleggen dus.

Eigenaardige redenering

De wetgever kwam tot deze eigenaardige regeling op grond van de al even eigenaardige redenering dat malafide bestuurders betalingsonmacht niet rechtsgeldig zouden melden. Ergo: elke bestuurder die niet rechtsgeldig meldt, zal in beginsel wel malafide zijn. De praktijk wijst evenwel anders uit: malafide bestuurders kennen als geen ander het belang van tijdige melding, terwijl de bonafide bestuurder – doorgaans behept met meer ondernemings- dan realiteitszin – het melden voor zich uit schuift, tot het te laat is. Als wel is gemeld, ligt de bewijslast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur bij de Ontvanger met als gevolg dat in de praktijk doorgaans wordt afgezien van aansprakelijkstelling. In de enkele gevallen dat dan wel aansprakelijk wordt gesteld, blijkt de rechter niet snel tot kennelijk onbehoorlijk bestuur te concluderen. Zo is het bijvoorbeeld geen kennelijk onbehoorlijk bestuur er voor te kiezen de preferente fiscus later te betalen dan de overige schuldeisers, als dat gebeurt

om het voortbestaan van de onderneming te waarborgen (zie Hof's-Gravenhage 18 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2013:3061).

Wanbestuurders

De toepassing van bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk is aldus zijn doel voorbij geschoten. Het doel van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBa) is het aanpakken van misbruik van rechtspersoonlijkheid door evidente wanbestuurders. Het is dus expliciete anti-misbruikwetgeving die niet is bedoeld om simpelweg extra verhaalsmogelijkheden voor de Ontvanger te creëren.

Gelukkig heeft de Hoge Raad in het verleden de scherpste kantjes van de meldingsregeling afgeslepen. Zo hoeft de melding niet per se schriftelijk gedaan te worden, omdat de meldingsplicht vervalt als de Ontvanger al op de hoogte is of had kunnen zijn van de betalingsonmacht. In dat kader wordt de belastingdeurwaarder overigens gelijkgeschakeld met de Ontvanger zelf. Ook tussentijdse deelbetalingen betekenen niet dat een eerdere melding van betalingsonmacht komt te vervallen.

Persoonlijk verwijt

Recentelijk heeft de Hoge Raad ook de tegenbewijsuitsluiting afgezwakt door te oordelen dat het de bestuurder persoonlijk verweten moet kunnen worden dat niet

**'HET IS EEN EIGENAARDIGE
REGELING OP GROND VAN DE AL
EVEN EIGENAARDIGE REGELING.'**



tijdig is gemeld door of namens de vennootschap (HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2149). Alleen het feit dat de bestuurder niet tijdig heeft gemeld, brengt dus niet zonder meer met zich mee dat een verwijt van niet (tijdig) melden kan worden gemaakt. Waar in het belastingrecht de opzet of grove schuld van een ander wel kan worden toegerekend aan een bestuurder, is in het aansprakelijkheidsrecht ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk te houden, behoudens welomschreven wettelijke uitzonderingen.

Bovendien: naast de vennootschap is iedere bestuurder bevoegd om namens de vennootschap de betalingsommacht te melden. Als een van de bestuurders de betalingsommacht rechtsgeldig heeft gemeld, heeft die melding ook rechtskracht voor de andere bestuurders. Het doen van de melding kan het bestuur ook uitbesteden aan een gemachtigde, bijvoorbeeld het accountantskantoor van de vennootschap of een administrateur of secretaresse in dienst van de vennootschap (zie Hof's-Gravenhage 11 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL3779).

Accountantskantoor

In het door de Hoge Raad besliste geval hield het niet tijdig melden van de betalingsommacht verband met de nalatigheid rond de aangifte omzetbelasting van een onervaren medewerker van het accountantskantoor van de bv. Naderhand zijn suppletieaangiften gedaan en zijn naheffingsaanslagen opgelegd. De bv was toen echter al niet meer in staat tot betaling. De grove schuld van het accountantskantoor ten aanzien van de te lage aangiften werd voor wat betreft de naheffingsaanslagen toegerekend aan de bv, zodat de verlengde

'DE TOEPASSING VAN BESTUUR- DERSAANSPRAKELIJKHEID IN DE PRAKTIJK IS ALDUS ZIJN DOEL VOORBIJ GESCHOTEN.'

meldingstermijn niet van toepassing was en de bv niet tijdig kon melden. Het aldus niet tijdig kunnen melden door de bestuurder kan de bv niet worden toegerekend; dat verwijt dient de bestuurder persoonlijk gemaakt te kunnen worden.

Dat biedt dus perspectief voor die bestuurders die de melding hebben uitbesteed aan het accountants- of advieskantoor dat vervolgens te laat heeft gemeld of tijdige verzending van de melding niet aannemelijk kan maken. Ook in geval van startende ondernemers die van de belastingdienst te horen hebben gekregen te wachten met betaling op de eerste aangifte loon- en/of omzetbelasting totdat de naheffingsaanslag is vastgesteld, kan van enig persoonlijk verwijt van niet tijdig melden geen sprake zijn.

De tegenbewijsuitsluiting blijkt daarmee minder 'uitsluitend' te zijn dan tot dusver gedacht. Daardoor is de meldingsregeling in haar gevolgen (een stukje) minder apert onredelijk geworden. □

Noot

* Ferry Piek is fiscaal advocaat bij KanPiek Fiscale Advocatuur te Amsterdam.