

Kennelijk onbehoorlijk bestuur vanwege grote risico's bij financiering door Chinese investeerder

Gegevens

Publicatie

NTFR 2021/4076

Instantie

Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak

8 september 2021

Annotator

mr. T.J. Droog

ECLI

[ECLI:NL:RBGEL:2021:4798](#)

Zaaknummer

AWB - 19 _ 4773

Relevante informatie

[IW 1990 art. 36, EP bij EVRM art. 1](#)

Inhoudsindicatie

aansprakelijk, bestuurdersaansprakelijkheid, invordering, melding betalingsonmacht

Samenvatting

Belanghebbende is bestuurder van een bv die is opgericht op 21 juli 2015. De inspecteur heeft op 21 december 2015 een melding betalingsonmacht ontvangen. Deze melding ziet op de aangiften loonheffingen over de maanden september 2015 en november 2015. Als toelichting wordt vermeld dat de bv is opgericht op initiatief van een Chinese investeerder en dat de omzet vooralsnog onvoldoende is om daarmee op eigen benen te kunnen staan. In dat kader ontvangt de bv maandelijks financiële steun vanuit China. Op 29 december 2015 wordt de bv failliet verklaard, waardoor belastingschulden onbetaald zijn gebleven. Bij

beschikking is belanghebbende op grond van art. 36 IW 1990 aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven loonheffingen over de maanden september en november 2015. In geschil is de hoogte van de aansprakelijkheidstelling en of sprake is van verwijtbaarheid van het niet tijdig doen van de melding. Tevens moet worden beoordeeld of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door belanghebbende. Ten aanzien van de hoogte van de aansprakelijkheidstelling rijst eerst de vraag of een betaling op 27 november 2015 van € 28.679 terecht op de belastingschuld is afgeboekt over de maand oktober 2015. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit de transactiegegevens die de inspecteur heeft overgelegd dat voornoemd bedrag betrekking heeft op de betaling op aangifte over het tijdvak oktober 2015. De rechtbank ziet daarom noch op grond van de wet, noch anderszins reden om in het kader van de aansprakelijkstelling die betaling alsnog toe te rekenen aan september 2015. Volgens de rechtbank heeft de inspecteur over de verwijtbaarheid terecht gesteld dat een bestuurder toezicht en controle uitoefent op de financiële situatie van het lichaam waarvan hij bestuurder is en dat hij op de hoogte is van deze financiële situatie. Belanghebbende wist of behoorde te weten dat de loonheffingen over september 2015 onbetaald waren gebleven en dat het in zijn macht lag om erop toe te zien dat de betalingsonmacht tijdig werd gemeld. Belanghebbende kan derhalve het verwijt worden gemaakt dat de betalingsonmacht niet tijdig is gemeld. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de inspecteur eveneens aannemelijk gemaakt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Belanghebbende is als bestuurder van de bv financiële verplichtingen van ten minste € 60.000 per maand aangegaan, terwijl de bv voor de financiering van die verplichtingen volledig afhankelijk was van maandelijks betalingen van de Chinese financier. Er was voor de bv geen enkele zekerheid dat de toegezegde financiering ook daadwerkelijk zou worden nagekomen. Dit alles brengt de rechtbank tot het oordeel dat een redelijk denkend bestuurder, gelet op de aangegane financiële verplichtingen, niet voor een dergelijke financieringsstructuur en de daarmee gepaard gaande risico's zou hebben gekozen.

(Beroep ongegrond.)

Noot

In de onderhavige procedure werd een bestuurder van een vennootschap (opgericht op 21 juli 2015) hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de onbetaald gebleven loonheffingen over de maanden september en november 2015 op basis van art. 36 IW 1990.

In art. 36 IW 1990 speelt het al dan niet doen van een rechtsgeldige melding betalingsonmacht een cruciale rol. Indien immers een rechtsgeldige melding betalingsonmacht is gedaan, dan is de bestuurder aansprakelijk indien aannemelijk is dat het onbetaald laten van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Is er geen rechtsgeldige melding gedaan, dan is de bestuurder aansprakelijk omdat bij fictie wordt vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurder kan dit vermoeden dan enkel weerleggen als hij aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat er niet een rechtsgeldige melding is gedaan.

Beide wegen spelen in deze procedure een rol omdat alleen voor de maand november 2015 een rechtsgeldige melding betalingsonmacht werd gedaan. Voor die maand was in geschil of het niet betalen van de belastingschulden te wijten was aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurder in de zin van het derde lid van art. 36 IW 1990.

Uit de jurisprudentie volgt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden overeenkomstig gehandeld zou hebben (HR 8 mei 2001, nr.

C99/298HR, ECLI:NL:HR:2001:AB2053). Volgens de Hoge Raad (HR 31 maart 2017, nr. 15/02939, [NTFR 2017/859](#)) is daarvan sprake als de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft bewerkstelligd dat de belastingschulden van het lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat de belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem daartoe persoonlijk een verwijt treft. Volgens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 1981-1982, 16 530, nr. 7, p. 38) dient sprake te zijn van opzet of voorwaardelijk opzet op de benadeling van schuldeisers, in casu de staat.

In de uitspraak van de rechtbank komt naar voren dat het vertrouwen van de bestuurder in de enige financier van het bedrijf hem duur komt te staan. Het risico dat de financier niet zou betalen in combinatie met de aangegeven financiële verplichtingen maakt voor de rechtbank dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Mogelijk heeft de bestuurder opportunistisch gehandeld door te veel te vertrouwen op de enige financier van de onderneming. Of daarmee sprake is van dermate onbezonnen of roekeloos gedrag dat geen redelijk denkend bestuurder op gelijke wijze zou hebben gehandeld, valt nog te bezien. Laat staan dat opzet, al of niet in voorwaardelijke vorm, op benadeling van schuldeisers aan de orde is. Daarbij verdient opmerking dat uit het aansprakelijkheidsrapport volgt dat de financier van de onderneming vier maanden lang wél zijn afspraken is nagekomen. Hetgeen doet vermoeden dat het vertrouwen in die financier niet geheel ongerechtvaardigd was.

Met betrekking tot de melding betalingsonmacht over de maand september 2015 beriep de bestuurder zich op de disculpatiemogelijkheid uit het vierde lid van art. 36 IW 1990. Hij stelde dat hem geen blaam trof aangezien de betalingen werden verricht door het hoofd van de financiële administratie én hij een ervaren accountant als adviseur had aangesteld. Deze argumentatie was weinig succesvol. Immers, de bestuurder had ook verklaard dat de onbetaalde belastingschulden werden besproken tijdens het wekelijkse managementoverleg waarvan hij deel uitmaakte. Een succesvol beroep op deze disculpatiemogelijkheid treft enkel doel als de bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt. In dit geval wist de bestuurder van de onbetaalde belastingschulden, hetgeen maakt dat hij tijdig een melding betalingsonmacht had kunnen en dus moeten doen.