

## Epiloog

Enige beschouwingen naar aanleiding van de verwijzingszaak (Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5265



Mw. mr. M.Y. Nethe\*

## Inleiding

De redactie van het *WPNR* heeft mij gevraagd kort in te gaan op de beschikking van het Hof 's-Hertogenbosch van 17 december 2015. Het gaat om de uitspraak na verwijzing door de Hoge Raad in de Rifgat-zaak (HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677), door mij besproken in *WPNR* 2015/7075. De Hoge Raad heeft in die zaak, kort gezegd, overwogen dat een besluit tot herroeping van een ontbindingsbesluit van een vennootschap (in casu Rifgat BV) onder bepaalde voorwaarden is toegestaan. Een van die voorwaarden is dat het herroepingsbesluit moet worden getoetst door de rechter. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling (partijen mogen hun stellingen aanpassen) en beslissing. Het hof dient met name te onderzoeken of in de omstandigheden van het geval door de herroeping afbreuk wordt gedaan aan de eisen van rechtszekerheid of de rechten en belangen van derden.

Het hof wijst het verzoek van Rifgat BV en haar aandeelhouder Kladovo Beheer BV (hierna: Rifgat c.s.), tot erkenning dat het besluit tot herroeping van het ontbindingsbesluit rechtsgeldig is genomen (hierna: erkenningsverzoek), af. Het hof komt met een aantal nieuwe eisen ten aanzien van het gebruik van het herroepingsinstrument.

## 2. Beknopte uiteenzetting van de feiten

Rifgat BV (hierna: Rifgat) houdt een 1%-aandelenpakket in Rodenstaal Balkan d.o.o. (hierna: Balkan), een vennootschap opgericht naar Servisch recht. Rifgat is tot aankoop van dit pakket in staat gesteld door haar (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder Feenstra. Rifgat verstrekt een lening aan Balkan van € 675.000 ten behoeve van de bouw van een sloopshal te Kladovo in Servië. Op 21 december 2009 neemt de algemene vergadering (hierna: AV) van Rifgat een besluit tot ontbinding. Uit de notulen van dit besluit blijkt dat het bestuur van mening is dat er geen baten meer zijn op het tijdstip van ontbinding. Feenstra doet opgaaf bij het handelsregister dat Rifgat met ingang van de datum van het ontbindingsbesluit ingevolge art. 2:19 lid 4 BW is opgehouden te bestaan.

Het was de bedoeling dat Rifgat de aandelen in en haar vordering op Balkan vóór de ontbindingsdatum zou overdragen aan Feenstra, maar naar later blijkt,

heeft deze feitelijke vereffening niet plaatsgevonden, omdat Rifgat niet heeft voldaan aan de juiste formaliteiten.<sup>1</sup> Rifgat c.s. stelt dat zij belang heeft bij herroeping van het ontbindingsbesluit, omdat de afwikkeling van het vermogen van Rifgat verhinderd wordt door het feit dat Servische instanties de rechtsfiguur 'voortbestaan in liquidatie' niet erkennen. Als oplossing voor deze impasse heeft Rifgat besloten gebruik te maken van het herroepingsinstrument. In afwachting van de procedure tot erkenning van het herroepingsbesluit zijn twee door Rifgat in Servië gestarte incassoprocedures opgeschort.

Gebr. De Jonge BV (hierna: Gebroeders) neemt in 2011 en 2012 een aandelenbelang in Balkan. Per 14 april 2012 houdt zij 64% van de aandelen. Zij heeft, met behulp van een subsidie van de Nederlandse staat, Balkan in staat gesteld de (af)bouw van een sloopshal in Kladovo te realiseren. Gebroeders wist ten tijde van haar aankoop van de Balkan-aandelen en ten tijde van haar investering in Balkan dat Rifgat ontbonden was en dat het 1%-pakket nog moest worden overgedragen door Rifgat in liquidatie. In 2010 heeft een (schikkings)overleg plaatsgevonden tussen Feenstra en Gebroeders. In dat overleg is het voorstel tot overdracht van het 1%-pakket door Rifgat in liquidatie aan Gebroeders aan de orde geweest. Dit voorstel is verworpen door Feenstra.

## 3. Enkele stellingen van de klagende partijen

Balkan en Gebroeders (hierna ook: klagers) hebben in de in Servië gevoerde incassoprocedures opgeworpen dat Rifgat naar *Servisch recht* niet langer bestaat. Afgaand op de inschrijving van de ontbinding *zonder* vereffening (art. 2:19 lid 4 BW) vertalen zij de term ontbinding met *dissolution* (= einde rechtspersoon). Maar deze vertaling klopt niet. Op Rifgat is Nederlands recht van toepassing en inge-

\* Verbonden aan de sectie Handelsrecht en Arbeidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.  
(M.Y.Nethe@rug.nl)

1. Zo moet een Servische rechtbank goedkeuring geven aan de aandelenoverdracht.

volge art. 2:19 lid 5 BW bestaat zij ter vereffening van haar vermogen nog steeds voort: zij bevindt zich in de fase van *winding up*.

Zou het erkenningsverzoek worden toegewezen, dan zou volgens klagers als nadeel voor hen ontstaan dat het ‘crediteurensaldo van Balkan toeneemt’ als gevolg van het volwaardig voortbestaan van Rifgat.<sup>2</sup> Bovendien stelt Gebroeders dat zij het belang in Balkan niet zou hebben verworven en vervolgens geen aanzienlijke investering in Balkan zou hebben gedaan als zij geweten zou hebben dat Rifgat door herroeping van haar ontbindingsbesluit volwaardig (dus niet louter in liquidatie) kon voortleven.

#### 4. Beoordeling Hof 's-Hertogenbosch van het belang van Balkan en Gebroeders

Voor het Hof 's-Hertogenbosch is het duidelijk dat het belang van ‘in ieder geval’ Gebroeders in het gedrang kan – en zelfs waarschijnlijk zal – komen bij het erkennen van het herroepingsbesluit. Het hof overweegt in r.o. 3.8.2:

‘Los van de omvang van de investeringen - in welk kader de gestelde ontvangen subsidie mogelijk een rol speelt - is duidelijk dat in ieder geval Gebr. [gebroeders] een derde is die mogelijk (en zelfs waarschijnlijk) nadeel zal ondervinden van het toelaten van de herroeping van het ontbindingsbesluit. Door haar zijn aandelen in [Balkan] aangeschaft in een situatie waarin [scheepvaartonderneming] [Rifgat, MN] - althans naar Servisch recht (...) - niet langer leek te bestaan zodat zij niet meer als aandeelhouder van [Balkan] zou (kunnen) optreden en haar vordering (...) op [Balkan] evenzeer niet meer aan de orde leek, hetgeen van invloed was en is op de balanspositie van [Balkan].’

Het hof legt de opdracht van de Hoge Raad om te onderzoeken of al dan niet afbreuk ‘wordt’ gedaan aan de rechten en belangen van derden ruim uit. Ik deel de opvatting van Van Veen dat het hof ‘het voldoende (lijkt) te vinden dat benadeling mogelijk is’.<sup>3</sup> De maatstaf van *mogelijke* benadeling kon het hof toepassen, omdat deze terug te vinden is in de volgende rechtsoverweging van de Hoge Raad (r.o. 5.3.4):

‘Derden mogen geen nadeel ondervinden van de herroeping. Dit kan meebrengen dat herroeping slechts toelaatbaar is indien de besloten vennootschap compensatie biedt, of met het oog op *mogelijk* nadeel garanties geeft of anderszins zekerheid stelt. (...)

Indien blijkt of voorzienbaar is dat derden door de gang van zaken met betrekking tot de ontbinding en herroeping daarvan nadeel (*kunnen*) ondervinden [curs. MN], staat dat in de weg aan de herroeping, tenzij de besloten vennootschap compensaties of garanties biedt of anderszins zekerheid stelt.’

#### 5. Kritiek op de beoordeling van het (mogelijk) nadeel voor klagers

Klagers werpen in mijn optiek in wezen als ‘nadeel’ op dat hun een voordeel ontgaat als zij niet mogen afgaan op de foutieve inschrijving van de ontbinding *zonder* vereffening. Anders dan het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>4</sup> lijkt het Hof 's-Hertogenbosch hierin mee te gaan, maar heel duidelijk is de hiervoor onder 4 vermelde rechtsoverweging niet. Ik versta deze rechtsoverweging van het Hof 's-Hertogenbosch als volgt: zou het erkenningsverzoek van Rifgat c.s. worden toegewezen, dan ontstaat als nadeel voor Gebroeders dat zij moet dulden dat zij Rifgat als medeaandeelhouder in Balkan houdt, terwijl zij – gelet op hetgeen ingeschreven is in het handelsregister – meende ‘van Rifgat af te zijn’. Maar de kern van de zaak is naar mijn mening de door het hof onbeantwoorde vraag of klagers *terecht* mochten afgaan op de inschrijving van de ontbinding zonder vereffening (art. 2:19 lid 4 BW). Dit is naar mijn mening niet het geval. De werkelijke rechtstoestand is beslissend en niet hetgeen staat ingeschreven in het handelsregister. Na ontbinding is – kenbaar voor klagers – de vereffeningstoestand ingetreden. Dit blijkt onder meer uit het schikkingsoverleg van 2010, maar ook uit het feit dat Rifgat na haar ontbinding aanspraak blijft maken op haar vordering. Haar verhaalsmogelijkheden zijn na ontbinding (hetzelfde geldt in geval van faillietverklaring) gelijk gebleven.

Het lijkt erop dat het hof meegaat in de stelling van klagers dat zij door de inschrijving in het handelsregister van de ontbinding zonder vereffening op het verkeerde been zijn gezet. Gebroeders wist echter ten tijde van haar aankoop van de Balkan-aandelen in 2012 en ten tijde van haar investering in Balkan dat Rifgat ontbonden was en daardoor dat het 1%-pakket nog moest worden overgedragen. Zij wist alleen niet aan wie. Als zij destijds daadwerkelijk had willen weten wie de nieuwe 1%-aandeelhouder zou worden, dan had zij zich toch kunnen wenden tot Feenstra? Dit is ook het standpunt van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Klagers zijn volgens dit hof geen onkundige derden in de zin van art. 2:6 lid 3 BW. Maar bij navraag hadden klagers helemaal geen belang. Zij hadden er meer baat bij om af te gaan op de foutieve inschrijving in het handelsregister van

2. Klagers voeren een innerlijk tegenstrijdig verweer: enerzijds stellen zij dat zij ervan uit mogen gaan dat Rifgat niet langer bestaat (waardoor Rifgat geen vordering op en belang in Balkan heeft), terwijl zij anderzijds in de verwijzingszaak toegeven dat Rifgat nog baten heeft (zie voorts nr. 8).
3. W.J.M. van Veen, ‘Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7102, p. 279.
4. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5321, *JOR* 2013/372, m.nt. Scholten, r.o. 15.

Rifgat als rechtspersoon die ingevolge art. 2:19 lid 4 BW is opgehouden te bestaan. Daardoor zouden het 1%-pakket en de vordering van Rifgat op Balkan verdwijnen als sneeuw voor de zon.

Voorts beantwoordt het hof niet de vraag of het na herroeping moeten dulden van Rifgat als medeaandeelhouder wel een rechtens relevant nadeel oplevert voor Gebroeders. Maakt het voor haar noemenswaardig verschil uit of Rifgat in liquidatie blijft voorbestaan dan wel weer volwaardig bestaat? Indien Rifgat in liquidatie blijft en, zoals oorspronkelijk de bedoeling was, alsnog in staat is haar 1%-aandelenpakket in Balkan over te dragen aan Feenstra<sup>5</sup>, kan ik mij niet goed voorstellen dat het voor Gebroeders heel veel verschil uitmaakt of dit pakket bij Rifgat zal blijven of dat het in handen komt van Feenstra.

Ook de beoordeling door het hof van het andere – door beide klagers – opgeworpen nadeel komt niet goed uit de verf. Zoals het Hof Arnhem-Leeuwarden naar mijn mening terecht heeft overwogen, doet de ontbinding geen afbreuk aan de rechten van een schuldeiser. Balkan dient haar schuld aan Rifgat te betalen, *ongeacht* of het erkenningsverzoek wordt toegewezen. De onjuiste inschrijving in het handelsregister van het ontbreken van baten brengt niet mee dat de schuld van Balkan aan Rifgat verdwijnt. Het innen van de vordering door Rifgat in liquidatie wordt door deze onjuiste inschrijving weliswaar bemoeilijkt, maar dit betekent nog niet dat Balkan de post crediteuren kan afwaarderen.

## 6. Beoordeling Hof 's-Hertogenbosch van de door Rifgat over te leggen informatie

De Hoge Raad heeft overwogen dat bij de beoordeling van de herroeping van een ontbindingsbesluit inzicht dient te bestaan in de vermogenstoestand van de besloten vennootschap op de datum van ontbinding en de datum van herroeping alsmede in de ontwikkeling in haar vermogenstoestand in de tussenliggende periode (r.o. 5.3.3 jo. 5.3.7). De informatie over de vermogenstoestand op verschillende peildata en de tussenliggende periode is niet alleen van belang voor het kunnen beantwoorden van de vraag of de rechtspersoon in liquidatie voortbestaat, welke vereffeningssdaden (waaronder procedures) hebben plaatsgevonden, maar vooral ook om de belangen van klagers en overige derden in het vizier te krijgen en mochten derden schade lijden als gevolg van de herroeping om te onderzoeken of de toezegging tot compensatie van het nadeel kan worden nagekomen.

Klagers vinden de door Rifgat c.s. overgelegde administratie onbetrouwbaar en ondeugdelijk. Zij lezen de beschikking van de Hoge Raad aldus dat, nu een verantwoord oordeel over de vermogenstoestand van Rifgat niet mogelijk is, de werking van het herroepingsbesluit reeds om die reden – dus los van

de vraag of hun rechten en belangen in het geding zijn – moet worden ontzegd (r.o. 3.4). Het hof komt tot de conclusie dat er geen verantwoord oordeel mogelijk is over de vermogenstoestand ten tijde van het ontbindingsbesluit. De door Rifgat c.s. overgelegde verklaring van de accountant is volgens het hof niet de verklaring als bedoeld door de Hoge Raad in r.o. 5.3.7, omdat de accountant niet heeft vermeld dat hij kennis heeft genomen van de *volledige* administratie van Rifgat. De eis van kennisneming van de volledige administratie is nieuw en lijkt mij overigens onnodig streng.

Het hof verwijt Rifgat c.s. in r.o. 3.7.3.4 dat zij geen overzicht heeft overgelegd van diverse procedures die door Rifgat (hetzij als eiser, hetzij als gedaagde) worden gevoerd, waaronder de incassoprocedure tegen Balkan. Omdat het hier informatie betreft die de rechter nodig heeft om te beoordelen of de overige derden (zoals bijvoorbeeld een schuldeiser van Rifgat) geen nadeel ondervinden van het herroepingsbesluit (zie de eerste zin van r.o. 5.3.7 jo. 5.3.4 van de Hoge Raad) is dit naar mijn mening een terecht verwijt.<sup>6</sup> Het hof geeft Rifgat c.s. geen gelegenheid die informatie alsnog te verschaffen. Al met al rekent het hof Rifgat c.s. zwaar aan dat zij geen volledige openheid van zaken heeft gegeven.

## 7. Overige nieuwe eisen gesteld door het Hof 's-Hertogenbosch

Het Hof 's-Hertogenbosch formuleert nog meer nieuwe eisen die niet terug te vinden zijn in eerdere uitspraken over het gebruik van het herroepingsinstrument.<sup>7</sup> Ik noem er enkele (zie r.o. 3.8.2 en 3.9.1):

1. *Er dient een deugdelijke verklaring gegeven te worden voor het ontbindingsbesluit.*

Deze eis is geopperd door de A-G Timmerman<sup>8</sup>, maar niet overgenomen door de Hoge Raad.

5. Met de inschrijving in het handelsregister dat Rifgat in liquidatie voortbestaat (waarover meer onder nr. 8), is de overdracht van het aandelenpakket mogelijk geworden. Volgens Servisch recht geldt een aanbiedingsregeling. Ten tijde van de ontbinding was Gebroeders nog geen aandeelhouder in Balkan.
6. Van Veen merkt op dat de kring van potentieel benadeelden 'ingevolge de Rifgat-regeling' veel ruimer wordt getrokken dan bij bijvoorbeeld kapitaalvermindering of fusie het geval is, hetgeen volgens hem stof tot nadenken geeft. Van Veen, *WPNR* 2016/7102, p. 280.
7. Zie M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, ONR 5, p. 32-41.
8. ECLI:NL:PHR:2014:2332, onderdeel 4.11. Timmerman wijst erop dat misbruik gemaakt kan worden van ontbinding zonder vereffening (c.q. turboliquidatie) ingevolge art. 2:19 lid 4 BW.

2. *Op de (vereffenaar van de) ontbonden vennootschap rust een meldingsplicht van het voornemen van de aandeelhouder(s) het ontbindingsbesluit te herroepen.*

Van het voornemen tot het nemen van een ontbindingsbesluit behoeft geen melding te worden gedaan en voor een herroepingsbesluit gelden mijns inziens geen andere vereisten.

3. *De enkele mededeling van Rifgat en haar enig aandeelhouder dat zij eventuele schade van derden zullen vergoeden dan wel dat zij instaan voor eventueel nadeel van derden, acht het hof niet een garantie of zekerheidsstelling als door de Hoge Raad bedoeld.*

Volgens het Hof 's-Hertogenbosch dient de noodzakelijke actie van de zijde van Rifgat c.s. te bestaan uit het daadwerkelijk en concreet aanbieden van een vergoeding. Ook is het volgens het hof mogelijk om voorlopig een schatting te maken van mogelijke schade, maar dan moet zodanige zekerheid worden geboden dat verhaal door de benadeelde derde eenvoudig realiseerbaar is. Kennelijk vindt het Hof 's-Hertogenbosch het ten tijde van het indienen van het erkenningsverzoek 'standaard' aanbieden van een vergoeding van de eventuele schade onvoldoende.

## 8. Rectificatie van de inschrijving 'ophouden te bestaan' in het handelsregister

Subsidiar heeft Rifgat c.s. verzocht dat het hof bevestigt dat Rifgat ingevolge art. 2:19 lid 5 BW als rechtspersoon in liquidatie voortbestaat. Aangezien het hof aannemelijk acht dat Rifgat op het tijdstip van ontbinding nog wel enige baten bezat (r.o. 3.7.3.7), andere rechters in deze zaak tot eenzelfde oordeel kwamen en ook klagers in de memorie na verwijzing erkennen dat Rifgat in liquidatie voortbestaat (r.o. 3.7.1) ligt het in de lijn der verwachtingen dat dit verzoek wordt gehonoreerd. Niets daarvan. Ik stuit hier op een onbegrijpelijke rechtsoverweging van het hof (r.o. 3.10):

'Als herroeping van het ontbindingsbesluit met de inhoud als weergegeven in de gegeven omstandigheden - als hiervoor weergegeven - niet kan worden toegestaan, dan kan herroeping van het besluit tot realiseren van de ter uitvoering daarvan - als zodanig correct - uitgevoerde registratie evenmin plaatsvinden.'

Ik lees die rechtsoverweging als volgt: omdat de registratie van het (correcte) AV-besluit tot ontbinding in stand blijft, kan er niet worden getornd aan de registratie van het (foutieve) oordeel van het bestuur dat er op het tijdstip van ontbinding niets meer te vereffenen valt. Het hof scheert het AV-besluit tot ontbinding over één kam met het oordeel van het bestuur over het ontbreken van baten. Grote gevolgen heeft het afwijzen van het subsidiaire verzoek niet. Inmiddels is de KvK op

grond van onder meer r.o. 3.7.3.7 van de verwijzingsbeschikking overgegaan tot rectificatie en staat Rifgat in het handelsregister ingeschreven als rechtspersoon in liquidatie.<sup>9</sup>

## Samenvatting

De verwijzingsbeschikking van het Hof 's-Hertogenbosch is opmerkelijk. De beschikking bevat enkele rechtsoverwegingen die vraagtekens oproepen. Met name de beoordeling van het (mogelijk) nadeel voor de klagers bij toewijzing van het erkenningsverzoek komt niet goed uit de verf, omdat het hof de cruciale vraag – of klagers terecht mochten afgaan op de ontbinding zonder vereffening – niet beantwoordt.

Ongevraagd stelt het hof nieuwe voorwaarden aan het gebruik van het herroepingsinstrument. Het hof staat een nog strengere benadering van het herroepingsinstrument voor dan de Hoge Raad. Het is van essentieel belang dat de verzoeker(s) volledige opening van zaken geven, opdat de rechter zo goed mogelijk de gevolgen van een herroeping van een ontbindingsbesluit kan beoordelen.

9. Ik ben van mening dat Rifgat c.s. geen gebruik had hoeven te maken van het herroepingsinstrument indien zij zich had kunnen wenden tot een registratierechter, waarvoor ik pleitte in WPNR 2011/6888 en 6889. Ik kom hierop in ander verband nog terug.