

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



End-of-life obligations van bestuurders Enige opmerkingen over het wetsvoorstel Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

1. Inleiding

De wetgever heeft aandacht voor het fenomeen turboliquidatie. Bij turboliquidatie vindt geen vereffening plaats door een vereffenaar conform de regels van Boek 2 BW. Het bestuur wikkelt in dat geval het vermogen van de rechtspersoon – doorgaans geleidelijk – af in het zicht van ontbinding (hierna: de feitelijke vereffening). Na afronding van de feitelijke vereffening neemt het daartoe bevoegde orgaan het besluit tot ontbinding. Tegelijkertijd met dit besluit concludeert het bestuur dat er op het tijdstip van ontbinding niets meer te vereffenen valt. De rechtspersoon houdt dan ex art. 2:19 lid 4 BW op te bestaan op het tijdstip van ontbinding. Het oordeel van het bestuur dat er niets meer te vereffenen valt (niet alleen geen baten maar bijvoorbeeld ook geen procedures), is vatbaar voor toetsing door de rechter.¹

De feitelijke vereffening kan bij turboliquidatie eindigen met een tekort, of met een surplus dat voor de ontbinding is weggewerkt, zonder dat aan de schuldeisers of de saldogerechtigden financiële verantwoording wordt afgelegd. Er is, anders dan bij een ‘wettelijke’ (Boek 2 BW) vereffening, geen verplichting voor het bestuur tot het opstellen en deponeren van een rekening en verantwoording en – indien van toepassing – een plan van uitkering. In meerdere publicaties heb ik een oproep gedaan aan de wetgever voor meer transparantie na toepassing van turboliquidatie omdat het bestuur – met name in het geval van een turboliquidatie die eindigt met schulden – iets uit te leggen heeft.²

Medio 2022 verscheen het wetsontwerp Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie.³ Dit wetsvoorstel beoogt, aldus de MvT, ‘het vertrouwen in de regeling te verbeteren, door de transparantie te vergroten, de rechtsbescherming van schuldeisers te verbeteren en misbruik ervan effectiever te bestrijden.’⁴ De MvT wijst erop dat turboliquidatie op zichzelf niet nadelig is voor betrokkenen, zoals schuldeisers, ‘zo lang de feitelijke vereffe-

ning rechtmatig geschiedt.’⁵ Er bestaat volgens de MvT behoefte aan een overzicht van de vermogenstoestand voorafgaand aan ontbinding omdat ‘dit inzicht geeft in een feitelijke vereffening als die heeft plaatsgevonden.’⁶ Met behulp van financiële informatie kan de schuldeiser beoordelen ‘waar de baten zijn gebleven, of er andere schuldeisers zijn en of het zinvol is om de (..) routes tot herstel te verkennen.’⁷ Onder routes voor herstel wordt verstaan: een verzoek tot opening van de Boek 2 BW-vereffening of een faillissementsaanvraag dan wel het aansprakelijk stellen door een schuldeiser van bestuurders.⁸

Het voorgestelde art. 2:19b BW ziet op het inzicht bieden in ‘de laatste financiële stand van zaken bij de schuldenaar.’⁹ Deze stand van zaken blijkt uit bepaalde stukken (par. 2) die het bestuur binnen veertien dagen na de ontbindingsdatum moet deponeren bij het handelsregister.

1. HR 27 januari 1995, NJ 1995/579 (*Adjuncten Proprietes/Söderqvist q.q.*).
2. Zie laatstelijk WPNR 2019/7252, p. 672-674.
3. *Kamerstukken II* 2021/22, 36 172, nrs. 2 en 3. Deze wet hangt samen met een bijzonder budget dat wegens COVID-19 voor twee jaar beschikbaar is gesteld. Daardoor vervallen de voorgestelde art. 2:19b en 19c BW na twee jaar, behoudens verlenging.
4. MvT, p. 2. De uitbreiding van art. 2:24 lid 4 BW en art. 106a lid 1 sub d Fw, alsmede ontw. art. 2:19c BW over het civielrechtelijk bestuursverbod laat ik onbesproken. Dit verbod geldt als sanctie voor (uitsluitend) het niet-naleven van de verplichtingen uit hoofde van ontw. art. 2:19b lid 1 BW.
5. MvT, p. 5.
6. MvT, p. 6.
7. MvT, p. 7.
8. MvT, p. 6.
9. MvT, p. 5.

Over het wetsvoorstel en al haar doelen¹⁰ valt veel te zeggen, maar ik behandel in par. 3 slechts de volgende vraag: wat hebben schuldeisers van een turbogeliquideerde rechtspersoon aan de stukken die het bestuur moet opmaken en deponeren ingevolge ontw. art. 2:19b BW?

2. Het voorgestelde art. 2:19b BW bevat enkele *end-of-life obligations*

Financiële verantwoording¹¹ wordt afgelegd door het bestuur ex ontw. art. 2:19b lid 1 BW te verplichten de volgende stukken te deponeren bij het handelsregister:

- een balans en een staat van baten en lasten met betrekking tot het boekjaar waarin de rechtspersoon is ontbonden en het voorgaande boekjaar als er op het moment van ontbinding over dat jaar nog geen jaarrekening openbaar is gemaakt (sub a);
- een beschrijving van (i) de oorzaak van het ontbreken van baten op het tijdstip van ontbinding, (ii) indien aan de orde, de wijze waarop de baten van de rechtspersoon te gelde zijn gemaakt en de opbrengsten zijn verdeeld en (iii) indien aan de orde, de redenen waarom een schuldeiser of schuldeisers geheel of gedeeltelijk onbetaald zijn gebleven (sub b);
- de jaarrekeningen inzake de boekjaren die vooraf zijn gegaan aan het boekjaar waarin de rechtspersoon is ontbonden, indien daarvoor op grond van art. 2:394 lid 3 BW een plicht tot openbaarmaking bestaat waar nog niet aan is voldaan, in voorkomend geval inclusief de accountantsverklaring bedoeld in art. 2:393 lid 5 BW (sub c).

Het tweede lid van ontw. art. 2:19b BW bepaalt dat het bestuur een schriftelijke mededeling doet van de deponering van voormelde stukken aan de schuldeisers.

3. Wat hebben schuldeisers aan de te deponeren stukken?

Een slotbalans waaruit het bestaan van meer dan één schuldeiser blijkt, biedt uitkomst voor een schuldeiser die overweegt het faillissement van de ontbonden rechtspersoon aan te vragen. Aan de hand van dit stuk en de beschrijving (lid 1 sub b onder (iii)) kan een schuldeiser beoordelen of er een of meer steunvorderingen zijn.

Over *elk* boekjaar – lopend of afgelopen – moet op bepaalde wijze verantwoording worden afgelegd. Als het wenselijk is dat in de eerste helft van het jaar – bijvoorbeeld op 3 februari 2023 – de ontbinding plaatsvindt, dan zou het een complicatie geven als gewacht moet worden totdat de jaarrekening openbaar gemaakt kan worden over het boekjaar dat is voorafgegaan door het boekjaar waarin de ontbinding valt (in mijn

voorbeeld 2022). Teneinde deze complicatie te vermijden, geldt een uitbreiding van het ‘verlichte regime’: de verplichting voor het bestuur om een balans en een staat van baten en lasten¹² te deponeren geldt niet alleen voor het lopende boekjaar waarin de ontbinding valt (in mijn voorbeeld boekjaar 2023) maar ook voor het boekjaar dat daaraan voorafgaat (boekjaar 2022).¹³ Nu het bestuur in deze optreedt als feitelijk vereffenaar is het verdedigbaar dat deze *end-of-life obligations* tot het exclusieve domein behoren van het bestuur van de rechtspersoon. Stel echter dat over het boekjaar 2021 nog geen jaarrekening is gedeponerd. In dat geval moet het bestuur over dat boekjaar alsnog de jaarrekening deponeren. Mocht het vaststellen door de algemene vergadering van die jaarrekening ten tijde van de feitelijke vereffening nog niet zijn gebeurd, dan zal het bestuur tijdig de vaststelling van deze jaarrekening moeten agenderen. Na de datum van ontbinding zijn er immers geen organen meer en slechts de postbestuursverplichtingen ex ontw. art. 2:19b lid 1 BW.

Waar de slotbalans toont dat er geen baten meer zijn, bieden volgens de MvT ‘voorgaande jaarrekeningen een belangrijk aanvullend zicht op de vraag of er eerder wel baten waren en zo ja, welk beeld er is van het financieel verloop.’¹⁴ Of schuldeisers inzicht krijgen waar de baten gedurende de periode van de feitelijke vereffening zijn gebleven en of er bijvoorbeeld paulianeus is gehandeld¹⁵, betwijfel ik. Hier loopt men tegen het probleem aan dat een vast aanvangsmoment

10. Een ander doel is dat kan worden voorkomen dat schulden oplopen en een faillissement onafwendbaar wordt. Zie MvT, p. 2 en p. 8 (tijdig en gecontroleerd stoppen). Ook kunnen de gedeponerde stukken tijdens een formele vereffening (dus tijdens een Boek 2 BW-vereffening of tijdens faillissement) ‘de nodige transparantie’ bieden in het feitelijke vereffeningproces, aldus de MvT, p. 9.

11. MvT, p. 2 en p. 7.

12. Iedere rechtspersoon moet ex art. 2:10 lid 2 BW een staat van baten en lasten opstellen en deponeren. Onder de staat van baten en lasten (= opbrengsten en kosten) wordt de winst- en verliesrekening verstaan.

13. MvT, p. 19.

14. MvT, p. 10, 23 en 27 (onregelmatigheden).

15. MvT, p. 7 (‘Met behulp van financiële informatie kan de schuldeiser beoordelen waar de baten zijn gebleven’) en p. 8 (‘Zij kunnen inschatten of zich onregelmatigheden hebben voorgedaan in het zicht van ontbinding of dat er slechts sprake is geweest van betalingsonmacht.’).

wanneer deze periode begint, ontbreekt (waarover hierna meer) en een schuldeiser na publicatie van alle financiële stukken slechts inzicht krijgt in ‘clusterbedragen’ van activa en passiva alsmede van de omzet en de kosten. Dit neemt niet weg dat als de gang naar de rechter wordt gemaakt, de rechter het precieze verloop van de feitelijke vereffening wellicht boven tafel kan krijgen door (i) een passende peildatum te bepalen voor de aanvang van de feitelijke vereffening en (ii) het bestuur op te dragen inzicht te geven in de mutaties van de activa gedurende een bepaalde periode en hen op te dragen een lijst van schuldeisers te overleggen die in die periode zijn voldaan.

Het voorgestelde art. 2:19b lid 1 sub b BW bepaalt dat het bestuur tevens een beschrijving geeft van de oorzaak van het ontbreken van baten op het tijdstip van ontbinding en, indien van toepassing, de wijze waarop de baten van de rechtspersoon te gelde zijn gemaakt en de opbrengsten zijn verdeeld. Uit de MvT blijkt dat het niet zozeer gaat om de wijze van te gelde making van bepaalde activa (het proces van liquide maken, door verkoop?) maar om het inzichtelijk maken van het afwikkelingsproces: welke baten waren aanwezig, voor welk bedrag zijn deze te gelde gemaakt en hoe zijn de opbrengsten verdeeld (welke schulden zijn voldaan)?¹⁶

Uit de jurisprudentie blijkt dat de betalingsautonomie beperkter is indien de vennootschap definitief heeft besloten al haar activiteiten te beëindigen en kampt met een tekort.¹⁷ Het wetsvoorstel boogt echter niet in enig verdeelingsleerstuk te treden, aldus de MvT.¹⁸ Daardoor krijgt de bestuurder in zijn hoedanigheid van feitelijk vereffenaar geen handvat aangereikt van de wetgever hoe hij het vermogen ‘op correcte wijze’¹⁹ moet afwickelen. In een dergelijk geval kan n.m.m. worden aangeknoopt bij de 2:1-regel die geldt bij het aanbieden van een onderhands akkoord in het minnelijk traject (de bevoorrechte schuldeisers krijgen dan het dubbele percentage van het percentage dat de concurrente schuldeisers ontvangen).

Ingeval van een formele vereffening is een startdatum van de afwikkeling van het vermogen eenvoudig vast te stellen. De peildatum voor de afwikkeling van het vermogen is bij de ‘wettelijke’ (Boek 2 BW) vereffening: de datum van aantreden van de vereffenaar. Bij turboliquidatie is er echter dikwijls geen duidelijk aanvangsmoment aan te wijzen waarop het bestuur de positie van feitelijk vereffenaar gaat uitoefenen: is dit de datum waarop het bestuur een tekort kon voorzien? Is dit de datum waarop de activiteiten

geheel zijn gestaakt? Is dit de datum waarop het bestuur geen inkomsten (meer) kon verwachten of de datum waarop voor het laatst een schuldeiser volledig is voldaan? Wanneer de afwikkeling van het vermogen c.q. de voldoening van schulden – en dus de ‘betaalperiode’ waarover inzicht moet worden verschaft – begint, vermeldt de MvT niet.²⁰ Als gevolg van het ontbreken van een duidelijk aanvangsmoment van de feitelijke vereffening wordt het bestuur dus de vrije hand gegeven om zelf deze startdatum te bepalen. Verwacht mag worden dat het bestuur een datum kiest die zo dicht mogelijk ligt tegen de datum van ontbinding waardoor uitsluitend financiële verantwoording wordt afgelegd over het allerlaatste deel – en dus niet over het gehele verloop – van de feitelijke vereffening. Kortom, indien de beschrijving slechts inzicht biedt hoe (zeer) kort vóór het tijdstip van ontbinding, de op dat moment resterende activa voor welk bedrag zijn verzilverd en verdeeld, kan uit deze beschrijving geen aanwijzing worden gehaald waar de baten gedurende de gehele feitelijke vereffening zijn gebleven. Deze beschrijving brengt een schuldeiser niet veel verder indien hij wil nagaan of hij benadeeld is door de financiële gang van zaken tijdens de feitelijke vereffening.²¹

Een oplossing voor het ontbreken van een peildatum voor de aanvang van de feitelijke vereffening en voor de onduidelijkheid over de verantwoordingsperiode waarop de beschrijving van het afwikkelingsproces precies ziet, is het opnemen van een vaste verantwoordingsperiode in

16. MvT, p. 19. Zie ook MvT, p. 7 en 16. De wetgever verwacht dat met het inzichtelijk maken van de verdeling van de opbrengsten slechts 15 minuten zal zijn gemoeid. MvT, p. 13. Zie voor het optioneel indelen in categorieën (onderscheid preferente en concurrente schuldeisers): MvT, p. 22.
17. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:579, r.o. 3.5.2 en hof Den Haag 21 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1081, r.o. 6.19.
18. MvT, p. 19.
19. MvT, p. 12 en 22 (of het vermogen op correcte wijze is afgewikkeld en de rechtspersoon op correcte wijze is beëindigd).
20. Volgens de MvT hangt dit moment af van de feitelijke gang van zaken. MvT, p. 22.
21. Indien schuldeisers en saldogerechtigden natuurlijke personen zijn, worden hun namen niet in de beschrijving genoemd. MvT, p. 22 en p. 13 (persoonsgegevens).

art. 2:19b lid 1 sub b BW van bijvoorbeeld 18 maanden voorafgaand aan de datum van ontbinding. Er zal in mijn optiek een *end-of-life*-uitdelingslijst moeten worden gedeponereerd die inzicht geeft welke schuldeiser, op welk moment tijdens die 18 maanden en voor welk bedrag, is voldaan. Daarbij moet van iedere schuldeiser op deze lijst worden vermeld of het gaat om een gelieerde partij, een dwangcrediteur of een betaling waar een bestuurder van de rechtspersoon een persoonlijk belang bij heeft. Ook een lijst met betwiste vorderingen zou moeten worden toegevoegd.

Tot slot noem ik nog een belangrijke 'bijvangst' van het wetsvoorstel. Inzage in de financiële stukken zal er wellicht toe leiden dat een schuldeiser eerder berust in het feit dat hij zijn vordering moet afschrijven omdat een (herstel)actie niets oplevert. Een schuldeiser zal beter kunnen bepalen of hij bij een juiste vereffening in of buiten faillissement eveneens niets zou hebben

ontvangen.²² In geval van een verzoek tot opening van de Boek 2 BW-vereffening (een verklaring voor recht dat de ontbonden rechtspersoon in liquidatie voortbestaat ex art. 2:19 lid 5 BW) of een faillissementsaanvraag kan de rechter mede aan de hand van de te deponeren stukken en de omvang van de gepretendeerde baten van de rechtspersoon eenvoudig vaststellen of de verzoeker bij het instellen van de procedure voldoende belang heeft (art. 3:303 BW).

Samenvatting

Het wetsvoorstel voorziet in een verplichting van het bestuur aan het einde van het leven van de rechtspersoon bepaalde stukken op te stellen en deze stukken te deponeren bij het handelsregister. Schuldeisers kunnen hierdoor inzicht krijgen in de laatste vermogenstoestand voorafgaand aan de ontbinding van de rechtspersoon, maar niet in het gehele verloop van de feitelijke vereffening.

Mr. M.Y. Nethe*

22. MvT, p. 7 ('of het zinvol is om de hiervoor genoemde routes tot herstel te verkennen'). Zie ook MvT, p. 17 ('De verwachting is (...) dat deze procedures [te voeren voor herstel, MN] ook vaker zullen worden gevoerd').

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