

CONSULTATIEREACTIE

Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken inzake de Tijdelijke Wet transparantie turbo-liquidatie.

Datum: 26 juli 2021

Inleiding

De uitbraak van COVID-19 en de gevolgen ervan hebben veel ondernemingen en ondernemers geraakt. Reserves raken op en ontvangen steun in de vorm van leningen en uitgestelde belastingverplichtingen moeten worden terugbetaald. Het is de verwachting dat getroffen MKB-ondernemingen overwegen hun onderneming te beëindigen. Daarbij kunnen zij gebruik willen maken van de zogenaamde turbo-liquidatie (art. 2:19 e.v. BW).

Het is echter een gegeven dat de turbo-liquidatie ook risico's met zich meebrengt, met name voor schuldeisers. In de loop van de jaren is de turbo-liquidatie ook door bestuurders gebruikt om ondernemingen zonder baten maar met schulden af te wikkelen. Omdat:

- (i) in de huidige wettelijke regeling er nauwelijks controle is op een dergelijke liquidatie;
- (ii) het controleren ervan door schuldeisers moeilijk is door een gebrek aan inzage mogelijkheden;
- (iii) de middelen die de wet biedt aan schuldeisers om op te komen tegen een (vermoedelijke) frauduleuze afwikkeling vaak alleen theoretische mogelijkheden¹ zijn, waarbij de bewijslast bij de niet-geïnformeerde schuldeiser ligt²;

wordt de turbo-liquidatie helaas ook gebruikt voor oneigenlijke doeleinden waarbij activa van de onderneming wordt weggemaakt, met benadeling van crediteuren tot gevolg. In de MvT bij het wetsvoorstel (p.9) wordt door de wetgever al aangegeven dat “*de huidige regeling [van de turbo-liquidatie, toevoeging NVB] schuldeisers bij voorbaat op een achterstand [stelt]*”. De NVB onderschrijft dit gevaar. Hoewel de concrete financiële benadeling per individuele schuldeiser in geval van misbruik wellicht relatief gezien beperkt is, is de totale maatschappelijke schade als gevolg van het misbruik van de turbo-liquidaties noemenswaardig.

Het tijdelijke wetsvoorstel beoogt door toevoeging van transparantie-verplichtingen meer controle mogelijk te maken, de rechtsbescherming voor schuldeisers te verbeteren en fraude/misbruik tegen te gaan. Dat levert maatschappelijke winst op. De NVB ziet de voordelen van de turbo-liquidatie als een relatief eenvoudige wijze om een onderneming zonder activiteiten en baten af te wikkelen. Het is een laagdrempelige en relatief goedkope wijze van bedrijfsbeëindiging, ook voor veel MKB-ondernemers die nu door de COVID-19 crisis geen mogelijkheid meer zien om hun onderneming voort te zetten. De regeling is evenwel dusdanig algemeen van aard, dat deze niet alleen openstaat voor ondernemers die als gevolg van de COVID-19 crisis hun onderneming niet meer kunnen of wensen voor te zetten.³ De NVB onderschrijft overigens de algemene aard van de regeling.

Wij zijn positief over het voorstel om meer transparantie voor de schuldeisers te creëren, de rechtsbescherming te vergroten / controle mogelijk te maken en misbruik tegen te gaan, waarbij we op

¹ De met het instellen van (rechts)maatregelen gepaard gaande tijd en kosten versus de concrete financiële benadeling van de betreffende schuldeiser staan vaak niet in verhouding tot elkaar.

² Rechtseconomisch bezien is er sprake van een “*rational apathie*”.

³ Zie: MvT p.1 van het wetsvoorstel onder verwijzing naar voetnoot 1. Daarin wordt als basis voor deze Tijdelijke wet transparantie turbo-liquidatie verwezen naar de Kamerbrief in het kader van het steun en hertelppakket voor het derde kwartaal van 2021.

enkele punten verbeteringen willen voorstellen of aanvullende suggesties willen doen. Hierbij is van belang dat de maatregelen voldoende effectief en afschrikwekkend zijn, zonder dat dit ten koste gaat van de laagdrempeligheid van de regeling.

Bovendien willen we nadrukkelijk in overweging geven om aan deze wet, bijvoorbeeld na een positieve evaluatie, het tijdelijk karakter te ontnemen. Indien deze aangepaste versie van de turbo-liquidatie in de praktijk goed werkbaar blijkt en, meer dan de huidige wijze van turbo-liquidieren, waarborgen biedt voor een juiste afwikkeling van de onderneming, zou er geen belemmering dienen te zijn om deze wet te continueren. Op dit moment wordt voorzien dat de wet na twee jaar automatisch vervalt. Het lijkt aangewezen om tijdig een evaluatie te laten plaatsvinden, zodat de wetgever kan beslissen of de wet – al dan niet in aangepaste vorm – moet worden gehandhaafd.

Uitgebreide reactie per punt beschreven

a. Misbruikbestrijding/rechtsbescherming verbeteren: het bestuursverbod, alternatief voorstel om aan te sluiten bij de bestuurdersaansprakelijkheid van artt. 2:138/248 lid 2 BW, aanvullend voorstel voor een wettelijke aanneming van onbehoorlijk bestuur

Het bestuursverbod

Wij hebben kennis genomen van uw voorstel om de mogelijkheid op te nemen tot het opleggen van een bestuursverbod. Hoewel wij het idee onderschrijven een mechanisme in werking te hebben dat misbruik van de turbo-liquidatie tegengaat, bestaat bij ons de vrees dat die werking niet uit zal gaan van een bestuursverbod.

Het initiatief van het voorgestelde bestuursverbod komt bij het Openbaar Ministerie (OM) te liggen. Wij kunnen ons voorstellen dat er andere zaken met voorrang de aandacht van het OM vragen. De leden van de NVB merken dit ook in hun intensief beheer / bijzonder beheer praktijk. Relevant om daarbij in aanmerking te nemen is dat – althans zo begrijpen wij – de minister er vanuit gaat dat veel MKB-bedrijven van de geboden mogelijkheid tot turbo-liquidatie gebruik zullen maken, in welke gevallen het niet altijd om zeer grote bedragen van onbetaald gelaten schuldeisers zal gaan. Zoals gezegd, de concrete financiële benadeling per individuele schuldeiser in geval van misbruik is wellicht relatief gezien beperkt, terwijl de totale maatschappelijke schade als gevolg van het misbruik van de turbo-liquidaties groot is. Daarnaast is gebleken dat sinds de invoering in 2016 van het bestuursverbod in de Faillissementswet⁴, deze pas 8 keer is uitgesproken.⁵ Wat de exacte reden daarvan is, is ons niet bekend, maar wij constateren dat dit aantal laag is. De pakkans en daarmee de preventieve en afschrikwekkende werking, van het voorgestelde bestuursverbod achten wij dan ook laag.

Aansluiting bij art. 2:138/248 BW: schending deponeringsplicht ex art. 2:19b lid 1 BW

Om die reden bepleiten wij om die bestuurders die het betreft, ook (eenvoudiger) via de civielrechtelijke weg persoonlijk en financieel aan te kunnen (laten) spreken. Aanknoping zou kunnen worden gezocht bij de huidige bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in faillissement ex art. 2:138/248 BW.⁶ Wanneer het bestuur niet aan haar boekhoudplicht van art. 2:10 BW heeft voldaan, bestaat een wettelijke aanneming van onbehoorlijk bestuur die wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn geweest (de opstap naar bestuurdersaansprakelijkheid). Uit het wetsvoorstel volgt dat de wetgever de financiële verantwoordings- en deponeringsplicht zodanig belangrijk acht, dat het niet voldoen daaraan strafbaar wordt gesteld in art. 1 onder 4 van de Wet op de economische delicten (WED). Om die reden willen wij voorstellen art. 2:138/248 BW aan te vullen met de verplichtingen uit

⁴ Wet civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a t/m 106e Fw).

⁵ L. Carrière-Verlinden en D.K. Daas, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod van 2016 tot en met 2020' OR 2021/48. (<https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/artikel-het-civielrechtelijke-bestuursverbod-van-2016-tot-en-met-2020>).

⁶ In de concept MvT bij het wetsvoorstel wordt aangegeven dat het merendeel van de ontbindingen zonder baten, zonder wettelijke vereffening, plaatsvindt bij BV's (78%). Zie p. 4 MvT.

art. 2:19b lid 1 BW. De aansluiting van de Tijdelijke wet transparantie turbo-liquidatie bij de Faillissementswet neemt de wetgever in het voorstel zelf ook ter hand bij de aankleding en invulling van het bestuursverbod.

Aansluiting bij art. 2:138/248: inhoudelijke toets gedeponeerde stukken ex art. 2:19b lid 1 BW

Voorts bepleiten wij dat niet alleen het schenden van de financiële verantwoordings- en deponeringsplicht leidt tot een wettelijke aanname van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/248 lid 2 BW, maar ook het feit dat uit de gedeponeerde stukken zélf niet eenvoudig kan worden afgeleid dat er voorafgaand aan de turbo-liquidatie een of meerdere baten aanwezig waren die ten goede is/zijn gekomen aan de schuldeisers een wettelijke vermoeden van onbehoorlijk bestuur oplevert.

In de MvT (p.8) bij het wetsvoorstel wordt aangegeven dat de gedeponeerde stukken als bedoeld in art. 2:19b lid 1 BW behulpzaam zijn bij het voldoen aan de bewijslast door een schuldeiser en bovendien behulpzaam zijn bij de beoordeling of het vergaren van meer informatie door een schuldeiser via onder meer de gerechtelijke weg (zoals het vragen van inzage in administratie of getuigenverklaringen) opportuun is. Omdat de wetgever er met name van uitgaat dat MKB ondernemingen een beroep op de turbo-liquidatie zullen gaan doen, zal de afzonderlijke (financiële) benadeling van schuldeisers wellicht niet zodanig groot zijn, dat het nemen van deze gesuggereerde (rechts)maatregelen qua kosten voor een schuldeiser opportuun zijn. In onze optiek ligt de verantwoordelijkheid van het aantonen van een correcte vereffening buiten faillissement en buiten de wettelijke vereffening van art. 2:23 e.v. BW bij het bestuur van de onderneming die is opgehouden te bestaan als gevolg van de turbo-liquidatie.

Tegen een bestuurder van een door middel van een turbo-liquidatie ontbonden onderneming die is opgehouden te bestaan, zou alsdan het wettelijke vermoeden van onbehoorlijk bestuur dat een oorzaak is van het faillissement kunnen worden aangenomen, indien ofwel niet is voldaan aan de deponeringsplicht van art. 2:19b lid 1 BW ofwel uit de gedeponeerde verantwoordingsstukken niet kan worden herleid hoe de activa van de onderneming te gelde zijn gemaakt en aangewend ter betaling van de schuldeisers, onder de voorwaarde dat er een turbo-liquidatie heeft plaatsgevonden waarbij er schulden onbetaald zijn gebleven. Kan de betreffende bestuurder met een nadere toelichting en/of aanvullende informatie niet aantonen dat de turbo-liquidatie rechtmatig is verlopen (de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs), dan leidt dit tot een bestuurdersaansprakelijkheid.

Voorgaande zou dan kunnen leiden tot een aanpassing van art. 2:138/248 lid 2 BW als volgt: “*Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10, 19 lid 1 of 394, dan wel uit de gedeponeerde stukken uit artikel 19 lid 1 niet kan worden herleid hoe de activa van de onderneming te gelde zijn gemaakt en aangewend ter betaling van de schuldeisers, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. (...)*”

Route naar bestuurdersaansprakelijkheid

De ‘route’ naar deze bestuurdersaansprakelijkheidsbepaling kan plaatsvinden via:

- (i) de aanvraag van het faillissement door een schuldeiser, welke aanvraag ook kan worden gedaan van een onderneming die reeds is opgehouden te bestaan;⁷ ofwel
- (ii) als de vereffening op grond van art. 2:23c BW is gelast, en de aangewezen vereffenaar blijkt dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, het faillissement zal worden aangevraagd conform art. 2:23a lid 4 BW.

Indien vervolgens het faillissement is uitgesproken en een curator als vereffenaar is aangewezen, zou deze op basis van de gedeponeerde verantwoordingsstukken in de zin van art. 2:19b lid 1 onderzoek kunnen (en op grond van art. 68 lid 2 onder a FW ook moeten) doen naar de te gelde making en

⁷ Zie p.5/6 van de MvT bij het wetsvoorstel onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2017:3269 en ECLI:NL:HR:2015:3636.

aanwending van het voor de turbo-liquidatie aanwezige actief. Indien de curator daartoe vervolgens voldoende heil in ziet, kan hij vervolgens een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure beginnen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (Petes/Gatzen-vordering).

Wij realiseren ons dat het uitspreken van een faillissement waarbij er op het moment van het openen van het faillissement geen baten zijn lastig kan zijn, omdat een curator dan geconfronteerd kan worden met een lege boedel, terwijl er wel werkzaamheden zijn te verrichten. De curator kan evenwel gebruik maken van financiële middelen die hem ter beschikking worden gesteld op grond van art. 71 lid 3 FW of van de Garantstellingsregeling curatoren 2012.⁸

Daarbij moet worden bedacht dat in deze gevallen – in elk geval op het eerste oog – sprake lijkt te zijn van faillissementsfraude en benadeling van de crediteuren. Het is in het algemeen belang dat de turboliquidatie met voldoende effectieve waarborgen wordt omkleedt. Verder moet worden bedacht dat indien die waarborgen bestaan, de kans dat de turboliquidatie wordt misbruikt daalt. Bovendien achten wij het aannemelijk dat de kans toeneemt dat bestuurders die worden aangesproken op het ten onrechte gebruik maken van de turbo-liquidatie, uit eigener beweging bereid zullen zijn om de ontstane schade te vergoeden, zodat een faillissement en een formele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure achterwege kan blijven.

b. Misbruikbestrijding/Rechtsbescherming verbeteren: verruimen mogelijkheden tot gelasten van de vereffening bij turbo-liquidatie

Omdat een schuldeiser – ondanks de voorgestelde transparantieverplichting achteraf als bedoeld in art. 2:19b lid 1 BW – toch een achterstand heeft ten aanzien van de informatie met betrekking tot de onderneming, stellen wij voor om de mogelijkheden te verruimen om na een turbo-liquidatie alsnog de vereffening te gelasten. In de MvT bij het wetsvoorstel wordt onderkend dat schuldeisers veelal niet beschikken over de informatie die zij nodig hebben voor het overwegen en ondernemen van stappen tegen een ontbonden rechtspersoon.⁹

Wij bepleiten dat een schuldeiser met een beroep op art. 2:23c lid 1 BW de vereffening kan heropenen indien hij aannemelijk kan maken dat er voorafgaand aan de vereffening/turbo-liquidatie een of meerdere baten aanwezig waren die niet ten goede is/zijn gekomen aan de schuldeisers. Aan deze voorwaarde kan worden voldaan, indien uit de door het bestuur overgelegde gegevens als bedoeld in art. 2:19b lid 1 BW voor een schuldeiser niet eenvoudig is af te leiden of er een of meerdere baten aanwezig waren, op welke wijze deze te gelde zijn gemaakt en hoe de opbrengst is aangewend. (eerste verruimingsmogelijkheid)

Om kennis te kunnen nemen van de beëindiging van de onderneming, de overgelegde financiële gegevens te kunnen raadplegen en eventueel tijdig tegen de turbo-liquidatie op te kunnen komen, is het daarnaast van belang dat de bij de onderneming bekende schuldeisers op de hoogte worden gesteld van de ontbinding/beëindiging.¹⁰ Omdat deze mededelingsplicht van art. 2:19b lid 2 BW volgens het wetsvoorstel vormvrij is, bestaat er een kans dat malafide bestuurders bewust niet aan deze mededelingsplicht voldoen, ondanks dat uit de administratie van de onderneming blijkt van het bestaan van deze schuldeisers. Om het verantwoordings- en transparantiemechanisme kracht bij te zetten, zou het niet kunnen voldoen aan de mededelingsplicht ook een reden voor heropening van de vereffening dienen te zijn. (tweede verruimingsmogelijkheid)

⁸ Er is voor zover bekend tot en met 1 april 2021 nog geen algemene maatregel van bestuur op basis van deze bepaling gepubliceerd. Zie: T&C art. 71, aant. 3 (Verstijlen, bijgewerkt tot 01-04-21), hetgeen mogelijk wel wenselijk zou zijn. Zie voorts art. 2 van deze garantstellingsregeling: “Een curator kan de minister verzoeken tot het verstrekken van een voorschot als bedoeld in art. 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.”

⁹ Zie p.2 van de MvT bij het wetsvoorstel.

¹⁰ Zie p.8 van de MvT bij het wetsvoorstel.

Voorgaande voorstellen zou dan kunnen leiden tot een aanpassing van art. 2:23c lid 1 BW als volgt: “ (...) opkomt, van het bestaan van een bate blijkt, een belanghebbende aannemelijk maakt dat voorafgaand aan de vereffening er een of meerdere baten aanwezig waren die niet ten goede zijn gekomen aan de daartoe gerechtigde schuldeisers of een schuldeiser aannemelijk maakt dat het bestuur niet aan de mededelingsplicht van art. 2:19c lid 2 heeft voldaan (...)”.

Voorts stellen wij voor om een schriftelijkheidsvereiste voor de betreffende mededeling in art. 2:19b lid 2 BW op te nemen. (zie voor een tekstvoorstel de paragraaf ‘Aanvullen artikelsgewijs commentaar’ hieronder.

c. Transparantie vergroten: de op grond van art. 2:19b lid 1 BW te overleggen informatie

Ten aanzien van de financiële verantwoording en verslaglegging als bedoeld in art. 2:19b lid 1 BW moet in onze optiek de financiële verantwoording en verslaglegging ook vergezeld gaan van een eenvoudig overzicht van de afzonderlijk gespecificeerde baten en de gerealiseerde ‘opbrengst’ als gevolg van de te gelde making daarvan, om het voor schuldeisers mogelijk te maken om te verifiëren welke baten zijn verkocht en voor welk bedrag. Deze informatie ontbreekt nu nog omdat:

- jaarrekeningen alleen inzicht geven in clusters van activa (vaste, vlottende, materiele, immateriële) die worden gewaardeerd tegen een bepaalde boekhoudkundige waarde. Deze boekhoudkundige waarde hoeft niet gelijk te zijn aan met de te gelde making gerealiseerde waarde;
- de voorgestelde bestuursverklaring alleen aangeeft waarom er baten ontbreken en vereist geen toelichting op de wijze van het te gelden maken van eventueel aanwezige activa en de daarmee gerealiseerde opbrengst;
- de slotuitdelingslijst daarnaast alleen de verdeelsleutel weergeeft.

Aanvullend artikelsgewijs commentaar:

Suggestie voor art. 2:19b lid 2 BW (schuin en onderstreept) nu de MvT bij het wetsvoorstel aangeeft dat er bewust geen plicht in het leven wordt geroepen om onderzoek te doen naar de contactgegevens van schuldeisers en evenmin naar de juistheid ervan:

“Onverwijld nadat deze deponeringen zijn gedaan, doet het bestuur daarvan schriftelijk mededeling aan de schuldeisers, tenzij het bestuur die op zodanige wijze een administratie voert en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze bewaart dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend, niet over gegevens beschikt, die daarvoor nodig zijn.

Voorts zouden wij willen voorstellen om ook in art. 2:19b lid 2 BW een termijn op te nemen waarbinnen aan de mededelingsplicht dient te worden voldaan. Aangesloten kan worden bij de eerder genoemde 10 dagen termijn ten aanzien van de deponeringsplicht uit art. 2:19b lid 1 BW ingaande de dag nadat de in art. 2:19 lid 1 BW bedoelde stukken zijn gedeponerd.

Voorts zou in de MvT kunnen worden verduidelijkt dat het in zijn algemeenheid niet voor de hand ligt dat de verjaringstermijn van de Peeters/Gatzen-vordering gaat lopen vóórdat aan de mededelingsplicht is voldaan.

Art. 2:19c lid 2 BW verwijst naar de artikelen 106a t/m 106d Fw, terwijl in de MvT op p.10 bij het wetsvoorstel wordt gerefereerd aan de artikelen 106a t/m 106e Fw. In onze optiek is de verwijzing in de MvT juist en volledig.