

MEMO

KONINGINNEGRACHT 19
2514 AB 'S-GRAVENHAGE

T. +31 8 88 36 00 00
F. +31 8 48 77 36 05

INFO@360ADVOCATEN.NL
WWW.360ADVOCATEN.NL

Advocaat

mr. S.W. Claassen

E-mail

claassen@360advocaten.nl

Tel

+31 888 360 000

Dossier

Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

Betreft

Consultatiereactie op Voorontwerp

Plaats/Datum

Den Haag, 26 juli 2021

Samenvatting

1. In vervolg op de hierna weer te geven toelichting wordt de Minister in overweging gegeven nader in te gaan op de wenselijkheid van het opnemen in het Voorontwerp van een verplichting voor het bestuur van de rechtspersoon tot het geven van een toelichting over het moment wanneer de ontwikkelingsfase van het vermogen van de rechtspersoon is aangevangen. Daarnaast wordt aanbevolen nader te overwegen of toe te lichten in hoeverre er niet buiten het kader van het in de Ontwerp Toelichting genoemde Steun- en Herstel Pakket COVID-19 een zelfstandige noodzaak voor de invoering van de regeling uit het Voorontwerp bestaat.

Opmerkingen en aanbevelingen

2. 360|advocaten heeft een aantal opmerkingen en aanbevelingen bij het Voorontwerp. Deze hebben betrekking op:
 - i. de algemene strekking van het Voorontwerp;
 - ii. de in artikel 2:19b lid 1 sub c van het Voorontwerp gebruikte terminologie “*afwikkeling van het vermogen*”; en
 - iii. de invoering van het Voorontwerp als tijdelijke wet en de inbedding daarvan in het Steun- en Herstel Pakket voor de COVID-19 uitbraak.
 - i. *de verplichting om actief mededeling te doen van de deponering*
3. Het Voorontwerp behelst een substantiële verbetering van de belangen van onbetaald gebleven schuldeisers bij een turboliquidatie. De met het Voorontwerp geïntroduceerde externe transparatieverplichtingen sluiten bovendien goed aan bij de huidige praktijk. Een zorgvuldig handelend bestuur dat betrokken is bij een turboliquidatie zal immers - al dan niet op last van zijn adviseurs - in de praktijk ook al zorg dragen voor de afwegingen en (interne) vastlegging van gegevens waarvan het Voorontwerp thans de deponering verlangt. Zowel in het kader van risicobeheersing als - bij de B.V. en de N.V. - in het kader van de raadgevende stem van het bestuur bij het ontbindingsbesluit van de algemene vergadering. Een daaropvolgende openbare deponering van financiële gegevens met betrekking tot de achtergrond van de ontbinding is dan maar een kleine moeite. De verslagleggingsverplichtingen uit het Voorontwerp houden in zoverre dus inderdaad niet echt een verzwaring van de administratieve verplichtingen van de rechtspersoon in.
4. Met de in vervolg op de deponering door het Voorontwerp geïntroduceerde bekendmakingsverplichtingen getuigt het Voorontwerp van een evenwichtige balans tussen de belangen van de rechtspersoon en die van haar schuldeisers. In tegenstelling tot de deponeringsverplichtingen uit artikel 2:19b lid 2 van het Voorontwerp stelt het Voorontwerp op de bekendmakingsverplichting aan de schuldeisers geen rechtstreekse sanctie. Een onbetekenend verzuim zal dus niet direct tot onredelijke gevolgen voor het bestuur leiden. Dat is een goede methodiek.

Immers, aangezien de groep van in te lichten schuldeisers bepaald wordt door de slotuitdelingslijst, zou een eventuele (rechtstreekse) sanctie voor het bestuur op een verzuim daarin of bij de keuze om in de slotuitdelingslijst bepaalde betrokken schuldeisers wel of niet op te nemen (en dus hun vorderingen te erkennen) een eigen belang van het bestuur bij de inrichting van de slotuitdelingslijst creëren. Door de in het Voorontwerp gekozen gang van zaken wordt voorkomen dat het bestuur bij de afweging wie en in welke rangorde als schuldeiser voor een uitkering in aanmerking komt op oneigenlijke gronden beïnvloed wordt.

ii. de afwikkelingsfase van het vermogen

5. De in artikel 2:19b lid 1 sub c van het Voorontwerp gehanteerde terminologie “*in het kader van de afwikkeling van het vermogen*” zal mogelijk vragen gaan oproepen.
6. Hier wreekt zich dat bij een afwikkeling van een rechtspersoon buiten een faillissement of vereffeningsprocedure niet is voorzien in een duidelijk wettelijk bepaald aanvangsmoment daarvan. Volgens de Ontwerp Toelichting moet het aanvangsmoment van de afwikkeling van het vermogen van een rechtspersoon worden bepaald aan de hand van de feiten. Naar verwachting zal dit moment bij een voorgenomen turboliquidatie samenvallen met de peildatum uit de jurisprudentie terzake selectieve betaling. Volgens het Voorontwerp rust vanaf dat moment dus niet alleen een verplichting op het bestuur om zich de belangen van de schuldeisers meer aan te trekken, maar moet vanaf dan ook aan de verplichtingen uit het nieuwe artikel 2:19b lid 1 sub c van het Voorontwerp worden voldaan. Dit komt neer op een meervoudige verzwaring van de verantwoordelijkheden van het bestuur tijdens de periode die als feitelijke afwikkelingsfase kan worden aangemerkt.
7. De constructie uit het Voorontwerp kan als gevolg hebben dat een prikkel ontstaat voor met name de calculerende bestuurder/aandeelhouder om te proberen bepaalde schuldeisers alvast te voldoen buiten de periode die door het Voorontwerp als de afwikkelingsfase van het vermogen van de rechtspersoon wordt beschouwd. Bijvoorbeeld door kunstmatig een zodanig lange periode tussen het moment van verdeling en de laatste afwikkeling aan te houden dat niet meer of slechts moeilijk nog valt vast te stellen wanneer de rechtspersoon in de afwikkelingsfase is komen te verkeren en welke betalingen in dat kader zijn gedaan. Immers, langs die weg kunnen de informatieverplichtingen uit het Voorontwerp worden ontlopen en blijven de onbetaalde schuldeisers met een bewijsprobleem omtrent de peildatum zitten. Dit opportunistische gedrag zal kunnen leiden tot een toename van het aanhouden van feitelijk inactieve B.V.’s waarvan voorlopig de beëindiging en ontbinding op oneigenlijke gronden worden uitgesteld. Aan dat verschijnsel beoogde de wetgever eerder juist bij invoering van het oorspronkelijk artikel 2:19 lid 4 BW een einde te maken.
8. Het bovengeschetste gang van zaken kan mogelijk terug gedrongen worden door net zoals in het voorgestelde 2:19b lid 1b bij de slotuitdelingslijst een toelichting te verlangen. Maar dan over de vraag wanneer de afwikkelingsfase volgens het bestuur is aangevallen. Daarmee legt het bestuur verantwoording af voor zijn (afwikkelings)beleid. En zo wordt ook - voor derden - duidelijker toetsbaar gemaakt of de keuzes van het bestuur, mede met het oog op de peildatum voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers aanvaardbaar zijn.

iii. moment van invoering en vorm van het Voorontwerp

9. Het Voorontwerp adresseert een al langer in de praktijk breed onderkend probleem: de informatieachterstand voor onbetaald gelaten schuldeisers van een (onzorgvuldig) geturboliquideerde BV. Bij brief van 7 oktober 2019 heeft de Minister aangekondigd deze problematiek aan te willen gaan pakken¹. De in die brief aangekondigde contouren van een wettelijke regeling zijn terug te vinden in het Voorontwerp. In de Ontwerp Toelichting wordt echter voor de noodzaak van de wettelijke regeling aangeknoopt bij de verwachte toename van het aantal bedrijfsbeëindigingen als gevolg van de COVID-19 uitbraak.
10. Ten tijde van de aankondiging door de Minister in 2019 van de regulering van de problemen rondom de informatieachterstand bij turboliquidaties was van een COVID-19 uitbraak en daarmee samenhangende mogelijke toename van bedrijfsbeëindigingen nog geen sprake. Toch wordt dit nu als reden voor een snelle invoering van een aanscherping van de afwikkeling van de turboliquidatie aangevoerd. Ook de vorm waarin het Voorontwerp is gegoten is bepaald door de COVID-19 uitbraak: het Voorontwerp is een tijdelijke wet en maakt deel uit van het bredere tijdelijke Steun en Herstel pakket in het kader van de COVID-19 uitbraak. De problematiek bij turboliquidaties doet en deed zich echter ook buiten het kader van de gevolgen de COVID-19 pandemie voor. Het verband tussen de problematiek en de redenen voor invoering van het voorontwerp zoals verwoord in de toelichting lijkt dus bepaald een gezocht verband.
11. Het moment van opstelling van het Voorontwerp lijkt eerder ingegeven door een ander, niet in de Ontwerp Toelichting genoemd, motief. Namelijk de recent ontstane verwachting dat een groot deel van de ontvangers van coronasteun deze mogelijk binnenkort terug zullen moeten gaan betalen. Met name de overheid zal daardoor met een toegenomen grootschalige groep debiteuren geconfronteerd worden, die haar ook nog eens door de coronacrisis eigenlijk opgedrongen is. De nu met het Voorontwerp geïntroduceerde bekendmakingsverplichting bij de anders tamelijk geruisloze ontbinding zonder baten voorkomt dat terugbetalingsplichtigen zomaar ongemerkt voor de overheid van het toneel verdwijnen. Dat zal de terugvordering van verleende coronasteun voor de overheid een stuk beheersbaarder maken. Dat is op zich geen onredelijk motief, maar het lijkt vanuit het oogpunt van een zorgvuldig wetgevingsproces onwenselijk dat dat niet bij het wetsvoorstel benoemd wordt. Ofwel dat op zijn minst benoemd wordt dat ook zonder de COVID-19 omstandigheden invoering van nadere waarborgen bij de turboliquidatie wenselijk is.

¹ Kamerstuk 29911 nr. 253.