

Minister van Justitie en Veiligheid

Tilburg, 26 juli 2021

Betreft : consultatie Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

Geachte Minister,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het geconsulteerde voorontwerp Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie (hierna: het wetsvoorstel). Graag maken wij van de geboden mogelijkheid gebruik om bij het wetsvoorstel een aantal opmerkingen te maken en vragen te stellen.

#### **Risico's turboliquidatie**

Wat ons in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel opvalt, is dat het risico op misbruik van de turboliquidatie, alsmede een mogelijke toename daarvan, niet wordt onderbouwd. Er wordt alleen geconstateerd dat sprake is van een toename in het aantal gevallen dat bij een ontbinding gebruik wordt gemaakt van een turboliquidatie (ontbinding zonder vereffening). En dat een verdere toename wordt verwacht door de economische gevolgen van COVID-19.

Uit de rechtspraak komt bij ons geen beeld naar voren dat jaarlijks een aanzienlijk aantal procedures wordt gevoerd waarbij een turboliquidatie de oorzaak is. Hierbij zal het in de Memorie van Toelichting geconstateerde gebrek aan informatie van schuldeisers een rol spelen. Echter, een beperkte interne navraag leert dat wij en onze klanten niet/slechts sporadisch worden geconfronteerd met schuldenaren, die door een turboliquidatie niet meer bestaan.

Wij sluiten niet uit dat het in 2012 gewijzigde B.V.-recht een rol speelt bij een groeiend aantal gevallen van turboliquidaties. De ruimere mogelijkheden tot het doen van uitkeringen maken het eenvoudiger om een (zoals dit in de Memorie van Toelichting wordt genoemd:) "feitelijke vereffening" toe te passen.

Wat tevens opvalt in dit verband is het bepaalde in art. 73.4.2 Leidraad Invordering 2008: *"Als sprake is van een rechtspersoon die geen activiteiten meer uitoefent, en bovendien bekend is dat geen baten aanwezig noch te verwachten zijn, dan wordt de voorkeur gegeven aan het treffen van maatregelen die moeten leiden tot ontbinding van die rechtspersoon conform artikel 2:19a BW boven het aanvragen van het faillissement van die rechtspersoon"* (zie ook par. 56.9.1 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders). Ook hierdoor sluiten wij niet uit dat het aantal turboliquidaties, met achtlating van schuldeisers, toeneemt.

In onze praktijk zien wij voldoende voorbeelden van deze feitelijke vereffeningen: schulden worden betaald, eventueel na het te gelde maken van de activa, rechtsverhoudingen worden afgewikkeld en een mogelijk overschot wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder(s). De rechtspersoon heeft vervolgens ten tijde van haar ontbinding geen baten meer waardoor zij direct ophoudt te bestaan.

In verband met het voorafgaande herkennen wij ook niet het geschetste beeld dat ondernemers na een turboliquidatie, met achterlating van schuldeisers, de activiteiten ongestoord voortzetten in een andere rechtspersoon. Dit zal zeker voorkomen, maar ondernemers hebben er in het algemeen belang bij dat zij goede klantrelaties in stand houden. Daarmee valt het achterlaten van onbetaalde schuldeisers niet te rijmen.

Daarbij, zijn er ten tijde van het ontbindingsbesluit nog schulden, dan is in het algemeen sprake van schulden aan (directe of indirecte) aandeelhouders dan wel aan (andere) concernmaatschappijen. Met andere schuldeisers worden regelingen getroffen, waaronder de afspraak dat de schulden feitelijk worden voldaan door de aandeelhouders.

Met name ook voor de acceptatie van de in het wetsvoorstel opgenomen regeling is het naar onze mening van belang dat de noodzaak van de in het wetsvoorstel opgenomen regeling (verder) wordt onderbouwd.

#### **Nakoming door bestuur**

Het wetsvoorstel houdt met name een aantal financiële verantwoordings- en bekendmakingsplichten in (art. 2:19b BW). Deze verplichtingen staan er niet aan in de weg dat de rechtspersoon, bij het ontbreken van baten, ten gevolge van een ontbindingsbesluit ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW).

Naleving van de verplichtingen wordt neergelegd bij het bestuur van de rechtspersoon (art. 2:19b lid 1 BW). Omdat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, is er op het tijdstip van deze naleving echter formeel geen bestuur meer in functie. Wij zien hierin (los van dit 'probleem' bij de volgorde) als zodanig nog geen bezwaar, dat er een verplichting wordt gelegd bij de (dan) voormalige bestuurders van de rechtspersoon. De vraag rijst echter door welke rechtsregels de onderlinge verhoudingen tussen de bestuurders op dat moment moeten worden bepaald, wanneer het bestuur voor de ontbinding uit meerdere bestuurders bestond. Daarnaast, hoe kan een bestuurder afdwingen dat zijn medebestuurders hun medewerking verlenen aan de nakoming van genoemde verplichtingen? Zijn de medebestuurders ontslagen uit hun verplichtingen als een of meer bestuurders de verplichtingen zijn nagekomen?

#### **Lastenverzwaring**

Tot de hiervoor genoemde verplichtingen behoort ook het opstellen (en deponeren) van een slotbalans alsmede een staat van baten en lasten met betrekking tot het boekjaar waarin de rechtspersoon is ontbonden (art. 2:19b lid 1, onder a BW). Uit de Memorie van Toelichting komt naar voren, dat ten aanzien van deze verplichting naar uw oordeel geen sprake is van een lastenverzwaring. Deze verplichting zou namelijk al voortvloeien uit art. 2:10 lid 2 BW. Graag vragen wij u dit nader toe te lichten.

Ook wij zijn van mening dat in ieder geval een slotbalans een nuttig middel kan zijn bij de beoordeling of de rechtspersoon op het tijdstip van de ontbinding al dan niet over baten beschikt. Daarbij zullen voor de aangifte Vennootschapsbelasting financiële gegevens nodig zijn die de aangiftetoets kunnen doorstaan. Wij lezen in art. 2:10 lid 2 BW echter geen verplichting tot het opstellen van een dergelijke slotbalans, alsmede het opstellen van een staat van baten en lasten. Genoemd artikel bevat namelijk alleen de verplichting tot het opstellen van een balans en een staat van baten en lasten ná het verstrijken van een boekjaar. Van dit laatste is bij een ontbinding geen sprake.

Naar onze mening zouden, wegens het ontbreken van een verplichting tot het opstellen van een slotbalans en een rekening en verantwoording, de kosten van het opstellen daarvan meegenomen moeten worden in de berekening van de regeldruk (de lastenverzwaring). Omdat de kennis daartoe binnen een rechtspersoon in veel gevallen ontbreekt, is het gebruikelijk dat het opstellen van de jaarrekening wordt uitbesteed aan een ter zake kundige externe (financieel) adviseur. Dit zal voor het opstellen van een balans en een staat van baten en lasten niet anders zijn. En dit brengt uiteraard kosten met zich mee.

#### **Financiële verantwoordingsstukken**

Art. 2:19b lid 1, onder c BW houdt in dat een slotuitdelingslijst moet worden opgesteld en gedeponereerd, als voorafgaande aan de ontbinding schuldeisers zijn voldaan in het kader van de afwikkeling van het vermogen van de rechtspersoon. In de Memorie van Toelichting staat dat de slotuitdelingslijst betrekking heeft op de periode waarin de afwikkeling plaatsvond, alsmede dat die periode afhangt van de “feitelijke gang van zaken”. In dit verband vragen wij ons af wat doorslaggevend is: een periode voor ontbinding of juist de aard van de schulden die worden voldaan voorafgaand aan het ontbindingsbesluit. Dit is met name van belang wanneer sprake is van het voldoen van reguliere verplichtingen (bijvoorbeeld huurpenningen en omzetbelasting die moet worden voldaan), alsmede het voldoen van verplichtingen die zien op de ontbinding (bijvoorbeeld beëindigen van bepaalde contacten). Moeten de reguliere verplichtingen die zijn voldaan ook worden opgenomen?

Wat betreft de deponeringsplicht voor jaarrekeningen over verstreken boekjaren (art. 2:19b lid 1, onder d BW), lezen wij de Memorie van Toelichting zo dat daarin in algemene zin wordt gesteld dat deze verplichting, ongeacht de ontbinding maar in ieder geval ten tijde daarvan of direct daarna, sowieso nagekomen moet worden. Naar onze mening bestaat een dergelijke verplichting in algemene zin niet. Wij noemen het voorbeeld dat een B.V. kort na afloop van een boekjaar wordt ontbonden en ophoudt te bestaan. Dit besluit wordt genomen door de algemene vergadering, terwijl de verplichting tot het opmaken van de jaarrekening bij het bestuur ligt. Het bestuur zou geconfronteerd kunnen worden met het ontbindingsbesluit van de algemene vergadering en vervolgens binnen tien dagen de jaarrekening over het voorafgaande boekjaar moeten deponeren, inclusief de accountantsverklaring. Nog afgezien van het feit dat na een turboliquidatie het bestuur als orgaan ook niet meer bestaat en hij uit hoofde daarvan de jaarrekening niet meer kan opmaken, net zoals de algemene vergadering deze niet meer kan vaststellen, wordt het bestuur in een positie gebracht dat hij niet kan voldoen aan het bepaalde in art. 2:19b lid 1, onder d BW.

Dit laatste blijkt nog duidelijker in het geval dat de B.V. controleplichtig zou zijn (art. 2:393 BW). Art. 2:19 lid 1, onder d BW sluit namelijk af met de passage “in voorkomend geval inclusief de accountantsverklaring, genoemd in artikel 395 lid 5”. Heeft de betrokken accountant zijn werkzaamheden nog niet afgerond op het moment van de turboliquidatie,

dan heeft ook dit waarschijnlijk tot gevolg dat het bestuur niet tijdig kan voldoen aan de financiële verantwoordings- en bekendmakingsplicht uit art. 2:19b lid 1 BW. In dit verband laten wij nog buiten beschouwing de vraag of de accountant zijn werkzaamheden kan afronden, wanneer zijn opdrachtgever (de B.V.) is opgehouden te bestaan.

Daar komt nog eens bij dat in het algemeen de jaarrekening alsmede de accountantsverklaring bij de jaarrekening over het laatst verstreken boekjaar pas enige maanden na afloop van dat boekjaar voorhanden zijn. De in art. 2:19b lid 1, onder d BW opgenomen financiële verantwoordings- en bekendmakingsplicht zou dan feitelijk met zich brengen dat een ontbinding gedurende een bepaalde periode van een boekjaar niet mogelijk zou zijn.

Graag vragen wij het voorafgaande in aanmerking te nemen bij een mogelijk op het concept volgend wetsvoorstel.

### **Bekendmaking door middel van deponering**

Een rechtspersoon die verplicht is om overeenkomstig een Titel 9, Boek 2 BW een jaarrekening op te maken en te publiceren, kan op grond van haar grootte gebruik maken van vrijstellingen. Is de rechtspersoon een zogenaamde micro-entiteit of kleine rechtspersoon, dan kan de te publiceren jaarrekening beperkt blijven tot een balans (art. 2:395a lid 8 BW) respectievelijk een balans met toelichting (art. 2:396 lid 8 BW).

Volgens het bepaalde in art. 2:19b lid 1, aanhef en onder a BW moet het bestuur een slotbalans en een staat van baten en lasten deponeren. In tegenstelling tot de jaarrekening van een micro-entiteit of een kleine rechtspersoon, waar bij de deponering de winst- en verliesrekening achterwege mag blijven, geldt dit niet voor de staat van baten en lasten. Dit verschil in deponeringsplicht wordt niet toegelicht in de Memorie van Toelichting. Wat is de reden voor het verschil?

### **Bestuursverbod**

Art. 2:19c BW maakt het onder omstandigheden mogelijk om aan een bestuurder een bestuursverbod op te leggen. Een van deze omstandigheden, in aanvulling op het gegeven dat sprake is van een turboliquidatie waarbij een of meer schuldeisers onbetaald zijn gebleven, betreft het geval dat de bestuurder niet heeft voldaan aan de financiële verantwoordings- en bekendmakingsplichten uit art. 2:19b lid 1 BW (art. 2:19c lid 1, aanhef en onder a BW). Uit de Memorie van Toelichting komt naar voren dat een onbelangrijk verzuim in dit verband niet in aanmerking wordt genomen, zoals voor bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement bij de B.V. ook is opgenomen in art. 2:248 lid 2 BW. Ter verduidelijking stellen wij voor om het onbelangrijk verzuim expliciet in de wet op te nemen, zoals dit ook het geval is in laatstgenoemd artikel.

Net zoals bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW is een bestuursverbod een uitzonderlijke maatregel. Terecht merkt de Memorie van Toelichting hierbij op, dat sprake is van een maatregel van ingrijpende aard. In dat verband zou het naar onze mening het enkele gegeven dat niet is voldaan aan het bepaalde in art. 2:19b lid 1 BW (naast een turboliquidatie en het onbetaald laten van een of meer schuldeisers) niet voldoende moeten zijn voor het opleggen van een bestuursverbod, althans niet zonder een correctie. Deze correctie is ook opgenomen in art. 2:248 lid 2 BW, in die zin dat schending van het bepaalde in art. 2:10 BW of art. 2:394 onweerlegbaar leidt tot een aanname van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

maar door de aangesproken bestuurder aannemelijk mag worden gemaakt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. In dit geval zou de correctie eruit kunnen bestaan, dat de betrokken bestuurder aannemelijk maakt dat het niet-voldoen aan het bepaalde in art. 2:19b lid 1 BW geen belangrijke oorzaak is geweest van het onbetaald laten van schuldeisers dan wel dat aan de bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt dat schuldeisers onbetaald zijn gebleven.

Tevens zou naar onze mening voor het bepaalde in art. 2:19c lid 1, onder a BW de correctie uit onder c van hetzelfde artikel opgenomen moeten worden, namelijk dat het geldt “tenzij de bestuurder geen persoonlijk verwijt treft” voor de niet of niet-tijdige nakoming van de financiële verantwoordings- en bekendmakingsplichten uit art. 2:19b lid 1 BW. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de betrokken bestuurder geen of onvoldoende medewerking van zijn medebestuurders heeft gekregen en al het redelijke heeft gedaan om deze medewerking alsmede tijdige nakoming te bewerkstelligen.

#### **Boete voor bestuur**

Art. II van het wetsvoorstel voegt aan art. 1, onder 4<sup>o</sup> Wet op de economische delicten art. 2:19b lid 1 BW toe. Dit betekent dat het niet voldoen aan de financiële verantwoordings- en bekendmakingsplichten uit laatstgenoemd artikel strafbaar wordt gesteld. Omdat de rechtspersoon op het moment dat aan genoemde verplichtingen moet worden voldaan niet meer bestaat, zal de strafbaarstelling en de sanctie niet de rechtspersoon betreffen. Is het correct te veronderstellen dat aan de bestuurders de sanctie kan worden opgelegd, aangezien de verplichtingen uit art. 2:19 b lid 1 BW zich richten tot het bestuur van de rechtspersoon? En, zo ja, is daarbij sprake van een hoofdelijkheid van de bestuurders?

#### **Afsluiting**

Uiteraard zijn wij steeds tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

BDO Legal  
namens deze,

Mr. R.H.A. Franken

Mr. J.A.A.M. Verschure