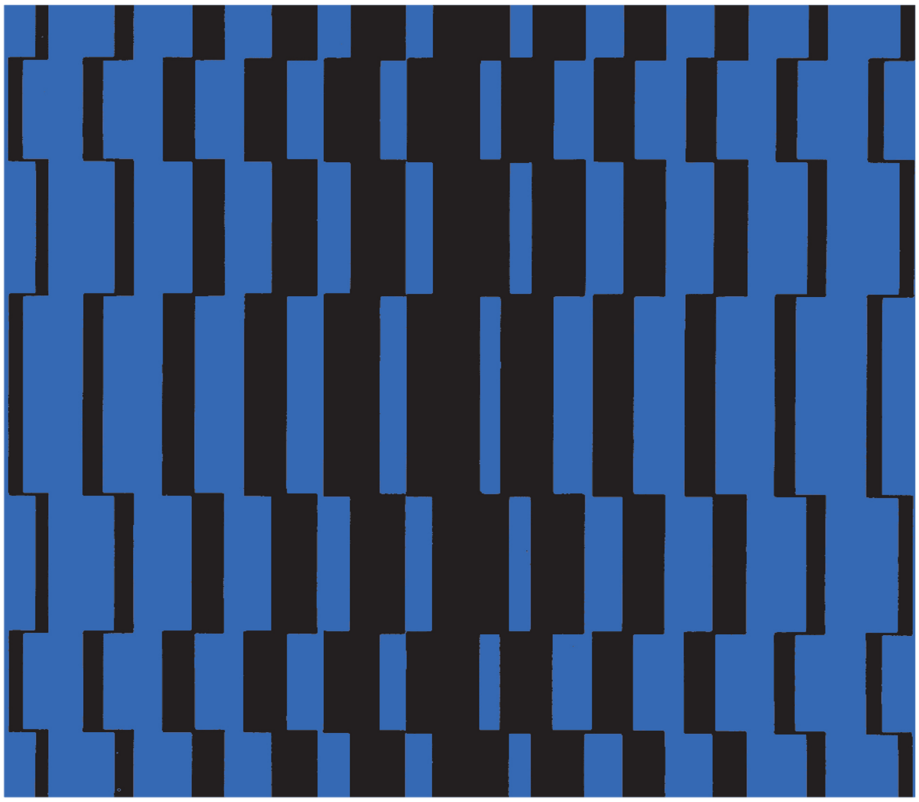
De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap



Mr. S. Renssen

SERIE VANWEGE HET VAN DER HEIJDEN INSTITUUT

Wolters Kluwer

Deel 131

DE TURBOLIQUIDATIE VAN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN

DEEL 131

DE TURBOLIQUIDATIE VAN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP

The turbo-liquidation of the Dutch private limited liability company

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. dr. L.L.G. Soete
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen
op woensdag 18 november 2015 om 16.00 uur

door

mr. S. Renssen

Promotor:
Prof. mr. C.A. Schwarz

Copromotor:
Mr. dr. J.J.A. Hamers

Beoordelingscommissie:
Prof. mr. G.R. de Groot, voorzitter
Prof. mr. M. van Olffen (Radboud Universiteit Nijmegen)
Prof. mr. J.M. Smits
Prof. mr. B.T.M. Steins Bisschop
Prof. mr. P.M. van der Zanden RA (Tilburg University)

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 13438 4
ISBN 978 90 13 13439 1 (E-book)
NUR 827-295

© 2016, S. Renssen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).
No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.
Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.kluwernavigator.nl

Kluwer NAVIGATOR

WOORD VOORAF

Op 18 november 2015 promoveerde mr. Samantha Renssen aan de Universiteit Maastricht op haar studie naar de turboliquidatie van de BV. Promotores waren prof. mr. C.A. Schwarz en mr. dr. J.J.A. Hamers.

In dit proefschrift wordt onderzocht of artikel 2:19 lid 4 BW een juiste en voldragen wettelijke basis biedt voor de turboliquidatie als ontbindingswijze, mede gelet op de uitwerking van de wetsbepaling in de praktijk. Waar de turboliquidatie op het eerste gezicht een eenvoudige, snelle en goedkope ontbindingswijze van BV's lijkt, volgt uit dit onderzoek dat aan de regeling gebreken kleven. Bovendien bestaat een aantal leemten in de wet. Daarnaast zijn in de jurisprudentie en literatuur enkele misverstanden ontstaan.

In het onderzoek wordt een link gelegd met (faillissements)fraude. Faillissementsfraude is volgens de schrijfster een maatschappelijk probleem dat reeds decennia lang speelt. Met het oog hierop kondigde de Minister van Veiligheid en Justitie in november 2012 het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht aan, met de bestrijding van faillissementsfraude als één van de belangrijkste doelstellingen. Alhoewel Renssen de door de minister geïnitieerde bestrijding van faillissementsfraude toejuicht, vraagt zij zich af of de fraudeproblematiek op deze wijze daadwerkelijk wordt opgelost. De problematiek lijkt slechts te worden verschoven naar de turboliquidatie, zoals opgenomen in artikel 2:19 lid 4 BW. De formulering van artikel 2:19 lid 4 BW en de uitwerking van de bepaling in de praktijk, heeft tot gevolg dat fraudeurs een gelegenheid wordt geboden om ervoor te zorgen dat BV's met slechts schulden niet failliet worden verklaard, maar simpelweg verdwijnen.

Het proefschrift bevat vijftien hoofdstukken. Na de inleiding en een uiteenzetting van de structuur van het onderzoek wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op de ontbinding van de 'lege BV' en in hoofdstuk 4 op de turboliquidatie als ontbinding zonder vereffeningsprocedure. Daarna wordt de turboliquidatie als een drieledig stappenplan beschreven (hoofdstuk 5). In hoofdstuk 6 staat de problematiek rondom het bevoegde orgaan inzake de constatering die leidt tot de turboliquidatie centraal. In hoofdstuk 7 komt de problematiek rondom curieuze (ontbrekende) baten ten tijde van de ontbinding aan de orde. In hoofdstuk 8 staat de herleving van een turbogeliquideerde BV centraal. Vervolgens worden in hoofdstuk 9 de gevolgen van de herleving van de turbogeliquideerde BV buiten faillissement beschreven. Hoofdstuk 10 ziet op de gevolg van de herleving van de turbogeliquideerde BV in faillissement. Het inhoudelijke deel wordt met hoofdstuk 11 afgesloten, waarin de schrijfster ingaat op misbruik van BV's.

In haar onderzoek concludeert Samantha Renssen dat de turboliquidatie als ontbindingswijze niet zo eenvoudig is als algemeen wordt verondersteld en dat het huidige artikel 2:19 lid 4 BW geen voldragen regeling is. Bovendien opent de huidige wettelijke regeling omtrent turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk meer mogelijkheden voor BV-fraudeurs. Met het oog hierop zijn in het veertiende hoofdstuk aanbevelingen voor de rechtspraktijk en de wetgever geformuleerd. Eén van aanbevelingen voor de wetgever is om het huidige artikel 2:19 lid 4 BW zodanig te wijzigen dat ten tijde van de turboliquidatie baten noch schulden mogen bestaan. Op deze manier wordt voorkomen dat BV-fraudeurs op eenvoudige wijze misbruik kunnen maken van de turboliquidatie als ontbindingswijze.

Dit proefschrift voorziet in stof tot overdenking, zowel voor de wetenschapper als de praktijkjurist. Wij zijn verheugd dat dit proefschrift als deel 131 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschijnt.

G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
C.D.J. Bulten

'Dit boek is slechts een inleiding… Ik zal toenemen in kracht en scherpte van wapenen.'

(Multatuli, Max Havelaar)

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf		V
Inhoudsopgave		IX
Voorwoord		XVII
Lijst van gebruikte afkortingen		XIX
Hoofdstuk 1.	**Inleiding**	1
1.1	Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Introductie onderzoeksonderwerp	3
1.3	Introductie onderzoeksvragen	5
1.4	Methodologie en normatief kader	6
1.5	Relevantie van het onderzoek	6
1.6	Innoverend karakter van het onderzoek	8
Hoofdstuk 2.	**De structuur van het onderzoek**	9
2.1	De hoofdstukindeling van het onderzoek	9
2.2	Onderzoeksmethoden	10
2.3	Tot slot	11
Hoofdstuk 3.	**De ontbinding van een 'lege BV'**	13
3.1	Inleiding	13
3.2	De mogelijke ontbindingswijzen van een BV	14
3.3	De 'lege BV'	20
3.4	De ontbinding van een 'lege BV' op grond van artikel 2:185 lid 1 BW	22
3.5	De ontbinding van een 'lege BV' op grond van artikel 2:19a BW	24
3.6	Samenvatting en conclusie	25
Hoofdstuk 4.	**De turboliquidatie: een ontbinding zonder vereffening**	27
4.1	Inleiding	27
4.2	Een beknopt wetshistorisch overzicht	29
4.3	De verschillende verschijningsvormen van de turboliquidatie	33

4.4 Het onderscheid tussen de mogelijke wettelijke ontbindingsvormen 36
4.4.1 De ontbinding met vereffening 36
4.4.2 De ontbinding zonder vereffening 37
4.4.3 De ontbinding resulterend in een faillissement 37
4.4.4 Het faillissement resulterend in een ontbinding 39
4.5 De onderscheidende factor: de (ontbrekende) vereffeningsprocedure 40
4.5.1 De benoeming van de vereffenaar(s) 41
4.5.2 De bevoegdheden en plichten van de vereffenaar(s) 44
4.5.3 De taken van de vereffenaar(s) 45
4.6 Samenvatting en conclusie 46

Hoofdstuk 5. De turboliquidatie: een drieledig stappenplan 49

5.1 Inleiding 49
5.2 Het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding 50
5.3 Het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding 52
5.3.1 Rechtbank Rotterdam en rechtbank 's-Gravenhage: turboliquidatie in plaats van faillissementsaanvraag 52
5.3.2 Een geschenk voor fraudeurs? 55
5.3.3 Benadeling van schuldeisers 56
5.3.4 De bedoeling van de wetgever: baten noch schulden 57
5.3.5 Misbruik van bevoegdheid 58
5.4 De melding aan de Kamer van Koophandel 63
5.5 Samenvatting en conclusie 65

Hoofdstuk 6. Het bevoegde orgaan inzake de constatering die de turboliquidatie tot gevolg heeft 67

6.1 Inleiding 67
6.2 Grondslag van de bevoegdheid 69
6.3 De verhouding tussen aandeelhouders en bestuur 71
6.3.1 De wettelijke bevoegdheidsverdeling 72
6.3.2 De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid 73
6.3.3 De benadering van het vennootschappelijk belang 74
6.3.4 Het strikte onderscheid tussen 'ownership and control' en de daarop gebaseerde 'principal agent theory' 76
6.4 De bescherming van de schuldeisers 77
6.5 De rol van de Kamer van Koophandel en het handelsregister 80
6.5.1 De algemene rol van de Kamer van Koophandel en het handelsregister 80
6.5.2 De inschrijvingen van turboliquidaties in het handelsregister 81
6.5.3 De rol van de Kamer van Koophandel bij turboliquidaties: een praktijkvoorbeeld 81

6.6 Aanbevelingen ten aanzien van de bescherming van schuldeisers 83
6.7 Samenvatting en conclusie 84

Hoofdstuk 7. Curieuze (ontbrekende) baten ten tijde van ontbinding 85

7.1 Inleiding 85
7.2 Het positief nominaal aandelenkapitaal van een BV 86
7.2.1 De Wet Flex-BV, het kapitaal en de kapitaalbescherming 86
7.2.2 De BV als kapitaalvennootschap 88
7.2.3 Het kapitaalbegrip 89
7.2.4 Kapitaalbescherming 91
7.2.5 Het nominaal geplaatste aandelenkapitaal 94
7.2.6 De verhouding tussen de aandeelhouder en de vennootschap 95
7.2.7 Het niet-gestorte kapitaal: het obligo 97
7.3 Latente belastingteruggaven 98
7.3.1 Belastinglatentie 99
7.3.2 De fiscale winst 101
7.3.3 De balans van een BV 102
7.3.4 Het verschil tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde 105
7.3.5 Het gematerialiseerde recht op belastingteruggave 107
7.3.5.1 Cessie van een een recht op belastingteruggave 108
7.3.5.2 Stille verpanding van een recht op belastingteruggave 110
7.4 Samenvatting en conclusie 110

Hoofdstuk 8. De herleving van een turbogeliquideerde BV 113

8.1 Inleiding 113
8.2 Heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW 116
8.2.1 Baten in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW 116
8.2.2 Stelplicht en bewijslast 117
8.3 De betekenis van het voortbestaan van een BV en het herlevingsfenomeen 118
8.3.1 De werking van artikel 2:19 lid 5 BW 119
8.3.2 De betekenis van het herlevingsfenomeen 119
8.4 De herroeping van het ontbindingsbesluit: een alternatief voor artikel 2:23c lid 1 BW? 121
8.5 Artikel 2:19 lid 5 BW versus artikel 2:23c lid 1 BW: een problematische wettekst 123
8.5.1 Het vierde lid versus het vijfde lid van artikel 2:19 BW 125
8.5.2 De essentia-leer 126
8.5.3 De resuscito-leer 127
8.5.4 De solutio-leer 128

8.6 Heropening van de vereffening door middel van een faillissementsaanvrage 129
8.6.1 De al dan niet limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW 130
8.6.2 De bewoordingen van de Hoge Raad: 'overige vereisten voor het faillissement' 134
8.7 Samenvatting en conclusie 136

Hoofdstuk 9. De gevolgen van de herleving van de turbogeliquideerde BV buiten faillissement 139

9.1 Inleiding 139
9.2 Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW 140
9.2.1 De interne aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders 141
9.2.2 Interne aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie 142
9.3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW 144
9.3.1 De aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders ex artikel 2:216 lid 3 BW 144
9.3.2 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW in geval van turboliquidatie 146
9.4 Externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW 147
9.4.1 De externe aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders 148
9.4.2 Externe aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie 149
9.5 Fiscale aansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW 153
9.5.1 De fiscale aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders 153
9.5.2 Fiscale aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie 154
9.6 Aansprakelijkheid in concernverhoudingen 157
9.6.1 De aansprakelijkheidsnorm in concernverhoudingen 157
9.6.2 Concernaansprakelijkheid in geval van turboliquidatie 159
9.7 Samenvatting en conclusie 160

Hoofdstuk 10. De gevolgen van de herleving van de turbogeliquideerde BV in faillissement 163

10.1 Inleiding 163
10.2 De faillissementspauliana 164
10.3 Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW 165
10.3.1 Artikel 2:248 BW: een opmerkelijk artikel in geval van een turbogeliquideerde BV 166
10.3.2 De bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW 170
10.3.3 De driejaarstermijn ex artikel 2:248 lid 6 BW 173
10.4 Samenvatting en conclusie 173

Hoofdstuk 11. Misbruik van BV's 175

11.1 Inleiding 175
11.2 Misbruik van vennootschappen 176
11.3 De huidige antimisbruikwetgeving 178
11.3.1 De drie antimisbruikwetten 179
11.3.2 De overige vennootschapsrechtelijke antimisbruikbepalingen 183
11.3.3 De fiscaalrechtelijke antimisbruikwetgeving 184
11.3.4 De faillissementsrechtelijke antimisbruikwetgeving 185
11.3.5 De strafrechtelijke antimisbruikwetgeving 188
11.4 De toekomstige antimisbruikwetgeving 189
11.4.1 Het centraal aandeelhoudersregister 189
11.4.1.1 Het voorgestelde register 191
11.4.1.2 De positionering van het centraal aandeelhoudersregister 192
11.4.1.3 De beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister 196
11.4.2 Het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht 200
11.5 De relatie tussen de turboliquidatie en BV-fraude 204
11.6 Samenvatting en conclusie 206

Hoofdstuk 12. Samenvatting 207

Hoofdstuk 13. Conclusie 209

13.1 Is de turboliquidatie als ontbindingswijze wel zo eenvoudig als algemeen wordt verondersteld? 209
13.1.1 Het beslissingsbevoegde orgaan inzake de turboliquidatie 209
13.1.2 Het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding 210
13.1.3 De betekenis van het herlevingsfenomeen 211
13.1.4 De frictie tussen de artikelen 2:19 lid 4, lid 5 en 2:23c lid 1 BW 211
13.1.5 De heropening van de vereffening door middel van een faillissementsaanvrage 212
13.1.6 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW 212
13.1.7 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW 212
13.1.8 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW 213
13.1.9 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW 213
13.1.10 Bestuurdersaansprakelijkheid in concernverhoudingen 214
13.1.11 De faillissementspauliana 214
13.1.12 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW 214

13.2 Is het huidige artikel 2:19 lid 4 BW een voldragen regeling? 215
13.3 Opent de huidige wettelijke regeling omtrent turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk niet juist meer mogelijkheden voor BV-fraudeurs? 217
13.4 Indien het antwoord op de voorgaande onderzoeksvraag bevestigend luidt; op welke wijze kan de wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie zodanig worden gewijzigd dat frauduleuze constructies met BV's zoveel mogelijk worden voorkomen? 217

Hoofdstuk 14. Aanbevelingen 219

14.1 Aanbevelingen voor de (rechts)praktijk 219
14.2 Aanbevelingen tot wijziging van de wet 220

Hoofdstuk 15. Summary, conclusions and recommendations 225

15.1 Summary 225
15.2 Conclusion 226
15.2.1 Is the turbo-liquidation as a method of dissolution really as simple as generally assumed? 226
15.2.1.1 The body with decision-making power in the matter of the turbo-liquidation 227
15.2.1.2 The absence of assets at the time of dissolution 228
15.2.1.3 The meaning of the restoration phenomenon 228
15.2.1.4 The friction between Book 2, Section 19(4) and (5) and Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code 228
15.2.1.5 The reopening of the winding-up proceedings by means of a winding-up petition 229
15.2.1.6 Directors' liability under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code 230
15.2.1.7 Directors' liability under Book 2, Section 216(3) of the Dutch Civil Code 230
15.2.1.8 Directors' liability under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code 230
15.2.1.9 Directors' liability under section 36 of the Collection of State Taxes Act 231
15.2.1.10 Directors' liability in intra-group relations 231
15.2.1.11 Fraudulent conveyance 232
15.2.1.12 Directors' liability under Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code 232

15.2.2 Is the current Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code a well-considered provision? 233
15.2.3 Doesn't the current legal provision for the turbo-liquidation and its effect in practice actually present more opportunities for private company fraudsters? 234
15.2.4 If the answer to the previous question is yes, how can the legal provision for the turbo-liquidation be changed so that fraudulent schemes with private companies are prevented as far as possible? 235
15.3 Recommendations 235
15.3.1 Recommendations for legal practice 235
15.3.2 Recommendations to amend the law 237

Lijst van geraadpleegde en aangehaalde literatuur 243

Lijst van geraadpleegde en aangehaalde parlementaire en overige stukken 253

Rechtspraak 259

Over de promovenda 265

Valorisatie-addendum 267

VOORWOORD

Tijdens de eindfase van mijn studie groeide mijn wetenschappelijke ambitie. Door het verrichten van onderzoek voor de professorial en research fellows van het *Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies* (ICGI) wist ik wat mijn volgende stap zou zijn: zelfstandig onderzoek verrichten, een wetenschappelijk artikel publiceren en uiteindelijk promoveren. Dit alles ging in een razendsnel tempo: nog voordat ik was afgestudeerd had ik mijn eerste publicatie op mijn naam staan, direct na afronding van mijn master begon ik aan mijn proefschrift en een maand later werd mijn tweede artikel gepubliceerd in *TvOB.* Schrijven is inmiddels één van mijn favoriete bezigheden, hetgeen zich de afgelopen jaren heeft geuit in verschillende wetenschappelijke publicaties. Het schrijven van dit proefschrift was een plezierige uitdaging; een groot avontuur met zowel ups als downs, waarbij ik veel over mezelf heb geleerd. Mijn laatste stelling verwoordt voor mij dan ook perfect dit avontuur: *writing a PhD thesis is like wearing Louboutins: a pleasure with pain.*

Op deze plaats past een woord van dank. Allereerst wil ik mijn promotor Kid Schwarz en copromotor Jos Hamers bedanken voor hun deskundige begeleiding, zinvol commentaar en positieve feedback. Onze gesprekken leidden vaak tot een beter inzicht in de materie en nieuwe verhelderende gezichtspunten. Naast de serieuze besprekingen was er ook altijd tijd voor gezelligheid, hetgeen ertoe leidde dat ik na de gesprekken weer met nieuwe energie verder kon gaan met schrijven. Bovendien wil ik Kid en Jos bedanken voor hun boeiende en inspirerende onderwijsgroepen en colleges. Mede hierdoor werd mijn ondernemingsrechtelijke, maar ook wetenschappelijke interesse aangewakkerd!

Ik dank bovendien de leden van de beoordelingscommissie; prof. mr. G.R. de Groot, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. J.M. Smits, prof. mr. B.T.M. Steins Bisschop en prof. mr. P.M. van der Zanden RA voor het kritisch lezen en beoordelen van het manuscript en het deelnemen aan de oppositie. Eveneens wil ik mr. dr. S.F.G Rammeloo en mr. dr. R.A. Wolf danken voor het kritisch lezen van het manuscript en het deelnemen aan de oppositie.

Ik ben tevens dank verschuldigd aan mijn meelezers Ibtisame el Ajjouri, Bastiaan Kemp, Sandy Muijlkens, Stefan Nieuwendijk en Jorick Schakenbos voor hun inhoudelijke feedback en hun scherpzinnige taalkundig commentaar. Christine van Basten-Boddin en Mieke Olaerts, mijn paranimfen, wil ik ook bedanken voor alle persoonlijke steun rondom de promotie en hun motiverende woorden. Ik vind het fantastisch dat jullie tijdens mijn promoveren naast mij hebben gestaan! Marcel Schaper wil ik graag

bedanken voor zijn hulp bij het fiscale gedeelte van mijn proefschrift. Bovendien dank ik Dimitry Aertssen en Nico van der Peet, omdat zij mij tijdens mijn stage bij Thuis & Partners Advocaten kennis hebben laten maken met het onderwerp van mijn proefschrift.

Tot slot wil ik mijn familie en vrienden danken voor alle getoonde interesse en ondersteuning. In het bijzonder bedank ik mijn ouders Jan en Marianne voor hun begrip en geduld, maar vooral ook voor hun luisterend oor. Zonder de steun en liefde die zij mij gaven, had ik dit traject niet kunnen afronden. Aan hen draag ik mijn proefschrift dan ook op!

Samantha Renssen

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

aant.	aantekening
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel(en)
Awr	Algemene wet rijksbelastingen
Bb	*Bedrijfsjuridische berichten*
blz.	bladzijde
BNB	*Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak*
BTW	belasting over de toegevoegde waarde
Bureau Bibob	Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor Statistiek
Co.	Company
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
CV	commanditaire vennootschap
d.d.	de dato
Dienst Justis	Justitiële uitvoeringsdienst Toetsing, Integriteit en Screening
e.a.	en anderen
etc.	etcetera
e.v.	en verder
FIOD	Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
FIU	Financial Intelligence Unit-Nederland
Fw	Faillissementswet
GBA	Gemeentelijke Basisadministratie Persoonsgegevens
Hof	Gerechtshof
Hof Amsterdam (OK)	Ondernemingskamer bij het Gerechtshof te Amsterdam
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrb	Handelsregisterbesluit
Hrw	Handelsregisterwet

IW	Invorderingswet 1990
i.w.tr.	inwerkingtreding
JBN	*Juridische Berichten voor het Notariaat*
JBPR	*Jurisprudentie Burgerlijk procesrecht*
JIN	*Jurisprudentie in Nederland*
jo.	juncto/junctis
JOR	*Jurisprudentie Onderneming & Recht*
Kamerstukken I	*Kamerstukken (Eerste Kamer)*
Kamerstukken II	*Kamerstukken (Tweede Kamer)*
Kamer van Koophandel	Kamer van Koophandel en Fabrieken
KG	*Kort Geding*
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Ktr.	kantongerecht
KvK	Kamer van Koophandel en Fabrieken
KYC	'*know your customer*' beginsel
LJN	*Landelijk Jurisprudentie Nummer*
MKB	midden- en kleinbedrijf
m.i.	mijns inziens
m.nt.	met noot van
Mr.	Meester in de rechten
MvA	Memorie van Antwoord
MVO	Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen
MvT	Memorie van Toelichting
NAW-gegevens	naam-, adres- en woonplaatsgegevens
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands juristenblad*
nr(s).	nummer(s)
NV	naamloze vennootschap
o.a.	onder andere
OK	Ondernemingskamer
OM	Openbaar Ministerie
OZL	Onroerende zaak-lichaam
OR	*Ondernemingsrecht*
p.	pagina('s)
q.q.	qualitate qua
red.	redactie
RN	*Rechtspraak Notariaat*
RO	*Rechtspraak Ondernemingsrecht*
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	*Rechtspraak van de Week*

Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	*Staatsblad*
TvOB	*Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur*
UBO	Ultimate Beneficial Owner
vgl.	vergelijk
VPB	Wet vennootschapsbelasting 1969
VOF	vennootschap onder firma
V&O	*Vennootschap & Onderneming*
Wcr	Wet controle op rechtspersonen
WDB	Wet op de dividendbelasting 1965
WED	Wet op de economische delicten
Wet Bestuur en Toezicht	Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Kamerstukken* 31 763, *Stb.* 2011, 275 en Wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Kamerstukken* 32 873, *Stb.* 2012, 440. Beiden in werking getreden op 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 455 resp. 456.
Wet Flex-BV	Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). *Kamerstukken* 31 058. *Stb*. 2012, 299; Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). *Kamerstukken* 32 426. *Stb*. 2012, 300;
Wet MOT	Wet melding ongebruikelijke transacties
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet vennootschapsbelasting 1969
WFR	*Weekblad Fiscaal Recht*
WID	Wet identificatie bij dienstverlening
WWFT	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Misbruik van vennootschappen; een probleem dat reeds decennia lang speelt. De vele berichten in de pers over fraude met besloten vennootschappen (hierna: BV's) ontgaan de Nederlandse overheid niet;[1] in de afgelopen jaren hebben de Minister van Veiligheid en Justitie en Tweede Kamerleden Groot en Recourt verschillende initiatieven ontplooid voor wat betreft de aanpassing van de huidige wetgeving ter bestrijding en voorkoming van frauduleuze constructies met BV's. Zo dienden Groot en Recourt in 2011 hun initiatiefnota ter instelling van een centraal aandeelhoudersregister in. De oorspronkelijke gedachte daarbij was enerzijds het vergroten van transparantie in het rechtsverkeer en anderzijds het tegengaan van misbruik van BV's. Het register zal er volgens de initiatiefnemers voor zorgen dat de notaris meer instrumenten krijgt om onderzoek te doen bij een opdracht tot aandelenoverdracht en een beter zicht krijgt op ondoorzichtige constructies met BV's, onduidelijke belangen van natuurlijke en rechtspersonen en witwasconstructies.[2]

De minister kondigde in 2012 het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aan,[3] waarin hij hoofdzakelijk maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude voorstelde. Eén van de pijlers waarop het wetgevingsprogramma berust,[4] is dan ook fraudebestrijding. Onder deze pijler vallen drie wetsvoorstellen; de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod,[5] de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht[6] en de invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator.[7]

---

1 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 1.
2 Zie ook Renssen 2014-1, p. 45.
3 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.
4 De andere twee pijlers waarop het wetsvoorstel berust, zijn de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (bestaande uit de Wet Continuïteit Ondernemingen I betreffende de pre-pack, de Wet Continuïteit Ondernemingen II betreffende het buitengerechtelijk dwangakkoord en de Wet Continuïteit Ondernemingen III betreffende de doorstart in het faillissement) en de modernisering van het faillissementsrecht.
5 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 2 (Voorstel van Wet).
6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet).
7 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 2 (Voorstel van Wet).

Opvallend is dat de hedendaagse fraudebestrijdingsmaatregelen – geïnitieerd door de overheid – zich grotendeels richten op faillissementsfraude. Daarnaast wordt enige aandacht besteed aan de rol van de notaris bij de bestrijding hiervan. Dat de Nederlandse overheid zich hoofdzakelijk focust op het bestrijden van faillissementsfraude is begrijpelijk. Uit de meest recente cijfers (2010) van het Centraal Bureau voor Statistiek (hierna: CBS) volgt dat in dat jaar in faillissementen van ondernemingen in totaal bijna vier miljard euro aan onbetaald gelaten schulden overbleven, waarvan bijna 700 miljoen voortkwam uit frauduleuze faillissementen.[8]

Een goed praktijkvoorbeeld waaruit blijkt dat zowel faillissementsfraude dient te worden aangepakt, als de rol van de notaris hierin dient te worden herzien, is BV-sjacheraar Jos Wagemans. Wagemans kocht de afgelopen jaren honderden noodlijdende BV's op voor een symbolisch bedrag van één euro. In de werkelijkheid betaalden de DGA's van de BV's echter duizenden euro's aan Wagemans, die vervolgens de aandelen van deze vennootschappen overdroeg aan katvangers in Duitsland. De overgebleven activa van de BV's werden vervolgens doorgesluisd naar niet te achterhalen privérekeningen, waarna de BV's in faillissement geraakten. De schuldeisers bleven onbetaald achter, aangezien de boedels volledig waren leeggeroofd. Bij meerdere van de aandelentransacties was notaris Kees ten Brink betrokken, die uiteindelijk uit zijn ambt is gezet.[9]

Alhoewel de aanpak van faillissementsfraude – gelet op de aanzienlijke geldbedragen die daarmee gepaard gaan – zeer toe te juichen is, kan bij deze benadering van de overheid een aantal kritische vraagtekens worden geplaatst. Leidt deze gerichte aanpak van faillissementsfraude niet juist tot een ongewenst resultaat? Hebben de maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude niet meer frauduleuze constructies tot gevolg waarbij fraudeurs er juist voor zorgen dat de BV's niet insolvent raken?

Een gelegenheid die door de wetgever lijkt te worden geboden aan BV-fraudeurs is de turboliquidatie van een BV als ontbindingswijze, opgenomen in artikel 2:19 lid 4 BW.[10] Dit artikel biedt de mogelijkheid een BV te ontbinden zonder een vereffeningsprocedure te volgen wanneer er ten tijde van de ontbinding geen baten meer bestaan binnen de BV. Direct nadat het bestuur opgaaf van ontbinding ex artikel 2:19 lid 4 BW heeft gedaan bij de Kamer van Koophandel, houdt de BV op te bestaan. Aangezien geen vereffeningsprocedure hoeft te worden gevolgd, wordt de turboliquidatie gezien als een goedkope en snelle wijze van ontbinding van een BV. Dit is ook de reden waarom de turboliquidatie als ontbindingswijze geregeld aan aandeelhouders

8 Brief Opstelten aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 5 december 2012 (Beantwoording kamervragen over bericht dat jaarlijks voor ca 1 miljard euro faillissements-fraude wordt gepleegd).

9 Van Almelo 2013, p. 8.

10 Zie ook Nethe 2013-2, p. 5.

en/of bestuurders wordt geadviseerd. Echter, juist omdat deze ontbindingswijze zo aantrekkelijk lijkt, zullen het bestuur en de algemene vergadering van een BV, wanneer het voornemen bestaat om tot ontbinding van de BV over te gaan, ervoor proberen te zorgen dat er geen baten meer binnen de BV bestaan. Dit toewerken naar een turboliquidatie leidt geregeld tot frauduleuze handelingen, hetgeen benadeling van schuldeisers, paulianeuze handelingen en onbehoorlijk bestuur tot gevolg heeft.[11] Juist omdat een turbogeliquideerde BV direct ophoudt te bestaan en als het ware verdwijnt, lijkt deze ontbindingswijze een goede uitweg te bieden aan fraudeurs teneinde een faillissement te ontwijken. Hierdoor worden deze fraudeurs niet geraakt door de door de minister voorgenomen maatregelen ter voorkoming van faillissementsfraude. Dit lijkt mij een ongewenst effect van zijn poging tot fraudebestrijding. Bovendien beperken fraudeurs op deze wijze hun aansprakelijkheidsrisico's, hetgeen ten nadele van de schuldeisers van de BV's is.

1.2 Introductie onderzoeksonderwerp

Dit onderzoek ziet op de turboliquidatie van BV's. Zoals beschreven, is 'turboliquidatie' de benaming voor de wijze van ontbinding van een rechtspersoon zoals vastgelegd in artikel 2:19 lid 4 BW:[12]

> *'Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.'*

Men zou deze wijze van ontbinding als goedkoop en snel kunnen omschrijven, juist omdat er geen vereffeningsprocedure doorlopen hoeft te worden. De vraag rijst echter of deze veronderstelling juist is. Uit dit onderzoek zal het tegenovergestelde blijken: de turboliquidatie is helemaal niet zo eenvoudig als men het veelal doet voorkomen. Integendeel, teneinde tot een weloverwogen besluit tot het al dan niet laten turboliquideren van een BV te komen, is gedegen juridische kennis vereist. Hoewel er door de wetgever slechts één vereiste aan de turboliquidatie lijkt te worden gesteld – namelijk het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding – volgt uit de praktijk dat deze

11 Zie o.a. Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009,50 (wenk), Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244, Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3712, Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4941, Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519, Rb. Noord-Holland 3 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:10523, Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.

12 Zie o.a. De Bruijn 2004, p. 217, Smid 2002, p. 8, Ten Voorde 2006, p. 67, Ten Voorde 2007, onder 3.3.2.

voorwaarde zeer strikt wordt geïnterpreteerd. Een verkeerde interpretatie van het begrip baten of een misvatting omtrent het ontbreken van baten aan de zijde van het bestuur kan desastreuze gevolgen hebben: ingevolge artikel 2:23c lid 1 BW kan de ontbonden BV herleven wanneer blijkt van het bestaan van een bate.[13] Gelijktijdig met of na de herleving kunnen bestuurders onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur jegens zowel de BV (op grond van artikel 2:9 en 2:216 BW) als derden (op grond van artikel 6:162 BW). Bovendien kan de BV na de herleving alsnog failliet worden verklaard, hetgeen een paulianarisico alsmede een bestuurdersaansprakelijkheidsrisico ex artikel 2:248 BW met zich brengt.

Hoewel artikel 2:19 lid 4 BW veelvuldig wordt toegepast in de praktijk,[14] lijkt het erop dat bepaalde aspecten van de inhoud en de uitwerking van de bepaling niet goed doordacht zijn. Het begint wederom met de enige voorwaarde die wordt gesteld aan de turboliquidatie: het ontbreken van baten ten tijde van de ontbinding. Uit dit onderzoek zal volgen dat deze voorwaarde dient te worden aangescherpt: ten tijde van ontbinding zouden ook geen schulden meer mogen bestaan, hetgeen zal bijdragen aan de bestrijding van frauduleuze turboliquidaties. Bovendien lijkt niet goed te zijn nagedacht over het bestuur als orgaan dat opgaaf dient te doen van de turboliquidatie bij de Kamer van Koophandel en Fabrieken (hierna ook: Kamer van Koophandel). Op deze manier is het in feite aan het bestuur om te beslissen tot turboliquidatie en het oordeel te vormen over het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding. In dit onderzoek zal worden bepleit dat hierdoor de verhouding tussen de aandeelhouders en het bestuur wordt verstoord en de schuldeisers worden benadeeld. Tot slot komt het voor dat de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW niet rijmt met de redactie van andere wetsartikelen. Wanneer ten onrechte wordt overgegaan tot turboliquidatie – wanneer er dus ten tijde van ontbinding nog baten bestaan – ontstaat er frictie tussen enerzijds de artikelen 2:19 lid 4 en 2:23c lid 1 BW en anderzijds artikel 2:19 lid 5 BW. In dergelijke gevallen houdt de BV ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW direct op te bestaan, terwijl de BV ingevolge artikel 2:19 lid 5 BW nooit is opgehouden te bestaan. Uit het vijfde lid van artikel 2:19 BW volgt namelijk dat een ontbonden BV blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. De BV is

13 Taalkundig bezien rijst de vraag of de term 'bate' juist is, of dat de term 'baat' de correcte enkelvoudsvorm van 'baten' is. De term 'bate' werd gehanteerd in het Vroegmiddelnederlands woordenboek (1200-1300), het Middelnederlandsch woordenboek (1250-1550) alsmede in het woordenboek der Nederlandsche taal (1500-1976). Volgens het Instituut voor Nederlandse Lexicologie is de correcte term thans 'baat' (te raadplegen via <www.gtb.inl.nl>). In de Dikke van Dale is echter zowel de term 'bate' als 'baat' opgenomen als meervoudsvorm voor 'baten' (te raadplegen via <vandale.nl>). In dit proefschrift wordt de term 'bate' gehanteerd.

14 Uit een steekproef gehouden door de Kamer van Koophandel bleek dat tweederde van de in 2007 krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's ex artikel 2:19 lid 4 BW direct ophielden te bestaan. In 2012 werd bij ruim drie kwart van de ontbindingen van BV's de turboliquidatie toegepast. Vgl. Nethe 2008, p. 283-285 en Nethe 2013-1, p. 798-802.

opgehouden te bestaan, maar blijft voortbestaan, hetgeen overduidelijk aan innerlijke tegenstrijdigheid onderhevig is. Alhoewel deze innerlijke tegenstrijdigheid interessant is en vragen doet rijzen, zullen schuldeisers van een BV die is turbogeliquideerd, terwijl er nog een bate was, een daarop volgende vraag van groter belang achten. Dienen zij een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW in te stellen teneinde de BV te laten herleven en in rechte te kunnen betrekken of is dit niet vereist, omdat de BV ex artikel 2:19 lid 5 BW is blijven voortbestaan?[15]

De wetsgeschiedenis van de turboliquidatie verklaart de ondoordachtheid van artikel 2:19 lid 4 BW enigszins: in de parlementaire stukken wordt nauwelijks gesproken over de turboliquidatie. In de memorie van toelichting is slechts terug te lezen dat voor situaties waarin niets meer te vereffenen valt, *'in het nieuwe artikel 19 lid 4 is bepaald dat, als de rechtspersoon reeds op het tijdstip van ontbinding geen baten meer heeft, hij op dat tijdstip ophoudt te bestaan. Alsdan zal geen vereffenaar hoeven te worden benoemd.'*[16] Deze in de parlementaire stukken (nagenoeg) ontbrekende wetsgeschiedenis kan worden verklaard door het eigenlijke doel van het wetsvoorstel waarmede de mogelijkheid tot turboliquidatie werd ingevoerd: de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding van rechtspersonen door de Kamer van Koophandel. De wetsgeschiedenis omtrent het huidige artikel 2:19a BW is dan ook – in tegenstelling tot het huidige vierde lid van artikel 2:19 BW – zeer uitgebreid.

Als gevolg van de – veronderstelde – misvatting dat de turboliquidatie snel en goedkoop is en de haken en ogen die aan deze ontbindingswijze zijn verbonden in combinatie met de strengere aanpak van faillissementsfraude, lijkt de turboliquidatie een uitweg te bieden aan BV-fraudeurs. Dat de turboliquidatie frauduleuze constructies met BV's vereenvoudigt, is minstens curieus te noemen, aangezien één van de onderliggende gedachten bij het wetsvoorstel waarmede artikel 2:19 lid 4 BW in het leven werd geroepen, de bestrijding van misbruik van lege vennootschappen was.[17]

1.3 Introductie onderzoeksvragen

De hoofdvragen van dit onderzoek zijn:
1. Is de turboliquidatie als ontbindingswijze wel zo eenvoudig als algemeen wordt verondersteld?
2. Is het huidige artikel 2:19 lid 4 BW een voldragen regeling?
3. Opent de huidige wettelijke regeling omtrent turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk niet juist meer mogelijkheden voor BV-fraudeurs?

15 Zie ook Renssen 2015-2, p. 55-58.
16 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 6.
17 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 2.

4. Indien het antwoord op de voorgaande onderzoeksvraag bevestigend luidt; op welke wijze kan de wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie zodanig worden gewijzigd dat frauduleuze constructies met BV's zoveel mogelijk worden voorkomen?

1.4 Methodologie en normatief kader

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen wordt eerst een algemene beschrijving van de turboliquidatie, de procedure alsmede de betrokken actoren gegeven. Het begrip 'eenvoudig' zoals in de eerste onderzoeksvraag gehanteerd, is een open norm die op verschillende wijzen kan worden geïnterpreteerd. In mijn onderzoek doel ik met de term 'eenvoudig' op de vraag of – gelet op de enige voorwaarde die aan de turboliquidatie lijkt te zijn gesteld door de wetgever alsmede de snelheid waarmee een BV wordt ontbonden – een rechtsgeldig ontbindingsbesluit op grond van artikel 2:19 lid 4 BW kan worden genomen door slechts de stappen te doorlopen die volgen uit artikel 2:19 lid 4 BW, namelijk het concluderen tot het ontbreken van baten ten tijde van het ontbindingsbesluit en het doen van opgaaf hiervan aan de Kamer van Koophandel.

Ook het begrip 'voldragen' zoals in de tweede onderzoeksvraag gehanteerd, is een open norm die op verschillende wijzen kan worden geïnterpreteerd. In mijn onderzoek doel ik met de term 'voldragen' op de vraag of het huidige artikel 2:19 lid 4 BW zodanig is geformuleerd dat de uitwerking ervan in de praktijk aansluit bij hetgeen de wetgever bij invoering van de bepaling heeft beoogd.

Bij de beantwoording van de eerste en tweede vraag zal worden ingegaan op de haken en ogen verbonden aan de turboliquidatie van een BV: de wettelijke gebreken en leemten en de misverstanden in de jurisprudentie en literatuur zullen hierbij aan de orde worden gesteld. Bovendien resulteert de beantwoording van deze vragen in een aantal aanbevelingen. De beantwoording van de derde vraag wordt gebaseerd op de resultaten van de eerste twee vragen. De beantwoording van de vierde vraag resulteert tot slot in een aantal aanbevelingen, voor zowel de rechtspraktijk als de wetgever.

1.5 Relevantie van het onderzoek

Uit een steekproef gehouden door de Kamer van Koophandel volgt dat tweederde van de in 2007 krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's ex artikel 2:19 lid 4 BW direct ophielden te bestaan.[18] Met andere woorden: in 2007 werd tweederde van de BV's ontbonden door middel van een turboliquidatie. In 2012 werd

18 Nethe 2008, p. 283-285.

85% tot 90% van de rechtspersonen ontbonden via een turboliquidatie. Dat jaar werd ruim drie kwart van de krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's turbogeliquideerd.[19] Omdat de turboliquidatie als wijze van ontbinding van BV's veelvuldig wordt toegepast, is het van belang een gedegen onderzoek te verrichten naar de huidige wettelijke regeling, de uitwerking daarvan in de praktijk en de gevolgen voor de verschillende betrokken actoren.

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek is bovendien gelegen in het vereenvoudigende effect dat de turboliquidatie heeft op de mogelijkheid tot BV-fraude. De nadelige gevolgen van BV-fraude zijn immers niet gering. BV-fraude heeft allereerst grote economische schade tot gevolg, nu hierdoor de integriteit en de veiligheid van het handelsverkeer wordt aangetast. De samenleving als geheel wordt op deze wijze benadeeld. Bovendien worden de hoge (maatschappelijke) kosten die gepaard gaan met fraude veelal op het bedrijfsleven afgewenteld. Hiervan ondervinden vooral ondernemers en individuele burgers – consumenten – nadeel. Daarnaast leidt de overheid als ontvanger van belastinggeld schade. Tot slot worden het beginsel van eerlijke belastingheffing en de houdbaarheid van een toegankelijk en eenvoudig belastingstelsel aangetast, doordat BV-fraude in geval van financieel-economische fraudevormen gepaard gaat met belastingontduiking en/of misbruik van fiscale faciliteiten. Dit heeft tot gevolg dat de economische orde en integriteit alsmede het gelijkheidsbeginsel onder druk komen te staan.[20] Tot slot is de maatschappelijke relevantie van het onderzoek ook gelegen in de ontbrekende aandacht voor (misbruik van) de turboliquidatie als ontbindingswijze van de BV binnen de Nederlandse overheid. Uit een inventarisatie van Kamerstukken e.d. blijkt dat het fenomeen (misbruik van) turboliquidatie slechts één keer ter sprake is gekomen tijdens een overleg van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie met de minister en voormalig staatssecretaris Teeven. Schouw (Tweede Kamerlid) vraagt gedurende dit overleg aandacht voor misbruik van turboliquidaties:

> *'Ik doe de minister twee suggesties en vraag hem om daarop in te gaan. De eerste is het misbruik van de turboliquidatie. Ik hoef de minister natuurlijk niets te vertellen want hij weet precies wat het probleem daarmee is. Ik hoor graag hoe hij dat denkt op te lossen.'*[21]

19 Nethe 2013-1, p. 798-802. Nota Bene: ik heb geprobeerd de nieuwste gegevens met betrekking tot de aantallen turboliquidaties bij de centrale Kamer van Koophandel op te vragen, maar tegenwoordig kost een dergelijke 'search-opdracht' volgens medewerkers van de Kamer van Koophandel tussen de € 1.500,- en € 2.000,-, voor welk onderzoek geen budget ter beschikking is. Ik vind het uitzonderijk onbevredigend dat in het kader van onderzoek ten behoeve van de publieke zaak een individuele onderzoeker dergelijke bedragen moet betalen aan een bestuursorgaan.

20 Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 3.

21 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg), p. 5.

Het antwoord van de minister luidt:

> *'Ik was aangekomen bij de turboliquidatie: hoe voorkom ik misbruik daarvan? Met <<turboliquidatie>> wordt een snelle doorstart beoogd. Dat weet iedereen, hoop ik. In het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht is een aantal instrumenten voorzien waarmee beoogd wordt om een doorstart te vergemakkelijken. Ik noem de stille bewindvoering, het dwangakkoord en alle instrumenten voorzien in de rechterlijke controle. Misbruik wordt zo voorkomen. Dat is verpakt in het hele wetgevingsprogramma.'*[22]

Uit bovenstaande volgt enerzijds dat er bij de Nederlandse overheid (nog) geen aandacht bestaat voor de turboliquidatie en de nadelige gevolgen die hier momenteel aan kleven en anderzijds dat er een misvatting bestaat over de inhoud van het begrip turboliquidatie. Een gedetailleerd onderzoek naar de turboliquidatie, de misvattingen hieromtrent en de haken en ogen die eraan verbonden zijn, is daarom mijns inziens zeer gewenst.

1.6 Innoverend karakter van het onderzoek

Het innoverend karakter van onderhavig onderzoek is gelegen in het feit dat ten aanzien van de turboliquidatie als ontbindingswijze tot op heden nog geen inventarisatie heeft plaatsgevonden naar de daaraan klevende moeilijkheden. Bovendien ontbreekt een verduidelijkend en gedetailleerd onderzoek naar de inhoud en uitwerking van artikel 2:19 lid 4 BW. Daarom is het naar mijn mening noodzakelijk – met name met het oog op fraudebestrijding in het vennootschapsrecht – ten aanzien van de turboliquidatie aanbevelingen voor de praktijk, maar ook voor de wetgever, te formuleren.

Bovendien verwacht ik dat steeds vaker voor de turboliquidatie als wijze van ontbinding van een BV zal worden gekozen, enerzijds als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV per 1 oktober 2012 en anderzijds door de hardere aanpak van faillissementsfraude. Met de invoering van de Wet Flex-BV is immers het vereiste van het minimumkapitaal ad € 18.000,- komen te vervallen, zodat tegenwoordig BV's met een geplaatst kapitaal van slechts € 0,01 kunnen worden opgericht. Naar verwachting zullen als gevolg van deze flexibilisering relatief meer BV's worden opgericht; de oprichter-bestuurder heeft niet langer een startkapitaal nodig, terwijl hem wel beperkte persoonlijke aansprakelijkheid wordt geboden. Aangezien uit steekproeven van de Kamer van Koophandel blijkt dat het merendeel van BV's ontbonden wordt door middel van een turboliquidatie, welk aantal zelfs – relatief beschouwd – stijgende is, is het waarschijnlijk dat steeds meer BV's ontbonden zullen worden ex artikel 2:19 lid 4 BW.

---

22 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg), p. 23.

Hoofdstuk 2

DE STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

2.1 De hoofdstukindeling van het onderzoek

Het onderhavig onderzoek is als volgt opgezet. Ieder hoofdstuk vangt aan met een inleiding en wordt afgesloten met een beknopte samenvatting en een conclusie. De hoofdstukken 3 en 4 vormen de algemene hoofdstukken van het onderzoek. In hoofdstuk 3 staat de ontbinding van een 'lege BV' centraal. Het hoofdstuk begint met een korte beschrijving van de mogelijke wettelijke ontbindingsvormen van een BV. Beschreven wordt de ontbinding door een besluit van de algemene vergadering, de ontbinding bij het intreden van een gebeurtenis, de ontbinding na faillietverklaring, de rechterlijke ontbinding en de ontbinding door de Kamer van Koophandel. Alvorens uitgebreid in te gaan op de ontbinding van 'lege BV's', zal de vraag wat onder een 'lege BV' dient te worden verstaan, worden beantwoord.

In hoofdstuk 4 wordt de turboliquidatie als ontbindingswijze zonder vereffening beschreven. Er wordt kort ingegaan op de wetshistorie van de turboliquidatie, waarna de verschillende soorten turboliquidaties aan bod komen. Vervolgens wordt het onderscheid tussen de mogelijke wettelijke ontbindingsvormen beschreven alsmede de vereffeningsprocedure.

Hoofdstuk 5 schetst de turboliquidatie als drieledig stappenplan: 1) het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding, 2) het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding en 3) de melding aan de Kamer van Koophandel.

In hoofdstuk 6 wordt een antwoord gezocht op de vraag welk orgaan constateringsbevoegd is inzake de beslissing tot turboliquidatie van een BV. Hierbij wordt allereerst ingegaan op de grondslag van de bevoegdheid. Vervolgens wordt onderzoek verricht naar de rol van de verhouding tussen de aandeelhouders en het bestuur inzake het vraagstuk omtrent het constateringsbevoegde orgaan alsook naar de mate waarin de bescherming van schuldeisers gewaarborgd is. Ook de rol van de Kamer van Koophandel – en daarmee het handelsregister – wordt beschreven.

Hoofdstuk 7 heeft betrekking op de voorwaarde die wordt gesteld aan de turboliquidatie van een BV: het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding. Er wordt met name ingegaan op twee curieuze 'baten': het nominaal aandelenkapitaal en de latente belastingteruggaven. Beargumenteerd wordt dat de in de jurisprudentie gehanteerde opvatting dat het nominaal aandelenkapitaal een bate is, onjuist is, omdat

het nominaal aandelenkapitaal niet als schuld van de BV kan worden aangemerkt. Bovendien wordt gesteld dat een latente belastingteruggave niet als bate kan worden beschouwd, omdat dit een voorwaardelijke vordering betreft.

In hoofdstuk 8 wordt de herleving van een turbogeliquideerde BV behandeld. Ingegaan wordt op de heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, waarbij het vereiste van het bestaan van baten en de stelplicht en bewijslast worden beschreven.

De focus van dit hoofdstuk ligt op vier merkwaardigheden in enerzijds de wettekst en anderzijds de jurisprudentie van de Hoge Raad. De betekenis van het herlevingsfenomeen, de verhouding tussen het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 en artikel 2:23c lid 1 BW, de verhouding tussen het vierde en vijfde lid van artikel 2:19 BW en de faillissementsaanvraag als grond voor herleving van een turbogeliquideerde BV zullen in dit hoofdstuk centraal staan.

In hoofdstuk 9 worden de gevolgen van de herleving van een turbogeliquideerde BV buiten faillissement besproken. Hierbij wordt ingegaan op het risico van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel intern (op grond van artikel 2:9 en 2:216 BW), extern (op grond van artikel 6:162 BW), fiscaal (op grond van artikel 36 IW) als in concernverhouding.

Hoofdstuk 10 behandelt de gevolgen van de herleving van de turbogeliquideerde BV in faillissement. Besproken wordt de faillissementspauliana alsmede de bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, waarbij ten aanzien van de bestuursaansprakelijkheid de bijzondere rol van artikel 2:248 BW, de bewijsvermoedens van het tweede lid en de driejaarstermijn van het zesde lid bijzondere aandacht verdienen.

De inhoudelijke hoofdstukken worden afgesloten met hoofdstuk 11, waarin BV-fraude centraal staat. Onderzocht wordt wat de term BV-fraude omvat, op welke wijze BV-fraude wordt bestreden door middel van antimisbruikwetgeving en hoe wettelijke misbruikbestrijding er in de toekomst zal uitzien. Tot slot wordt beschreven hoe de turboliquidatie als ontbindingswijze van BV's in relatie staat tot BV-fraude.

De afsluiting van onderhavig onderzoek vormen de hoofdstukken 12 tot en met 15. In hoofdstuk 12 wordt een samenvatting gegeven en in hoofdstuk 13 wordt de conclusie geformuleerd. In hoofdstuk 14 wordt een aantal aanbevelingen gedaan voor de rechtspraktijk. Bovendien wordt een aantal aanbevelingen tot wijziging van de wet gedaan. In hoofdstuk 15 worden tot slot de Engelstalige samenvatting, conclusie en aanbevelingen opgenomen.

2.2 Onderzoeksmethoden

Voor onderhavig onderzoek is als primaire onderzoeksmethode gekozen voor een analyse van juridische literatuur en jurisprudentie. Er is literatuur en jurisprudentie over de turboliquidatie geraadpleegd. Daarnaast ziet het literatuur- en jurisprudentieonderzoek op een aantal van belang zijnde algemene leerstukken. Onderzoek is

gedaan naar de mogelijke wettelijke ontbindingsvormen van een BV, de vereffeningsprocedure bij de ontbinding, het vennootschappelijk belang, het strikte onderscheid tussen 'ownership and control', de 'agency problems' en de daaruit voortvloeiende 'principal agent theory', de wettelijke en jurisprudentiële bevoegdheidsverdeling binnen de BV, de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid, de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, de rol van de notaris en de Kamer van Koophandel, het handelsregister, het leerstuk van misbruik van vennootschappen, kapitaal en kapitaalbescherming, het nominaal geplaatste aandelenkapitaal, de verhouding tussen de aandeelhouder en de BV, latente belastingteruggaven, concernverhoudingen en de faillissementspauliana.

Naast het literatuur- en jurisprudentieonderzoek is ook de parlementaire geschiedenis van verschillende wetten, zoals de Wet Flex-BV, de Wet Bestuur en Toezicht[1] en de wet waarbij de mogelijkheid tot ontbinding door de Kamer van Koophandel werd ingevoerd, onderzocht.[2]

2.3 Tot slot

De focus van onderhavig onderzoek is gericht op de turboliquidatie van de BV.[3] Uit empirisch onderzoek blijkt namelijk dat van de Nederlandse privaatrechtelijke rechtspersonen (verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, NV's, BV's en stichtingen) vooral BV's van de turboliquidatie als ontbindingswijze gebruik maken.[4] Onderhavig onderzoek is bovendien beperkt tot het Nederlandse rechtstelsel en de Nederlandse rechtspraktijk. Hierdoor wordt afgezien van rechtsvergelijking en worden internationaal privaatrechtelijke vraagstukken niet expliciet aan de orde gesteld. Onderhavig onderzoek is per 1 augustus 2015 afgesloten. Nadien verschenen jurisprudentie en literatuur is niet in dit onderzoek betrokken.

1 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Kamerstukken* 31 763, *Stb.* 2011, 275 en Wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Kamerstukken* 32 873, *Stb.* 2012, 440. Beiden in werking getreden op 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 455 resp. 456.

2 Wet van 29 juni 1994, *Stb.* 506.

3 Het onderzoek is echter ook relevant voor andere rechtspersonen, zoals de NV en de stichting. Ook in geval van ontbinding van dergelijke rechtspersonen wordt gebruik gemaakt van de turboliquidatie, zij het niet zo veelvuldig als het geval is bij BV's.

4 Uit een steekproef gehouden door de Kamer van Koophandel in 2007 bleek dat twee derde van de, krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's direct ophielden te bestaan, aldus Nethe 2008, p. 283-285. Uit een later uitgevoerde steekproef (2012) bleek dat ruim drie kwart van de, krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's direct ophielden te bestaan, zie Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217 m.nt. M.Y. Nethe.

Hoofdstuk 3

DE ONTBINDING VAN EEN 'LEGE BV'

3.1 Inleiding

Aangezien de turboliquidatie van de BV één van de ontbindingswijzen is, staan in het onderhavige hoofdstuk de verschillende gronden voor ontbinding centraal. Deze gronden worden opgesomd in artikel 2:19 lid 1 en 4 BW:

> *'Een rechtspersoon kan worden ontbonden:*
> *a. door een besluit van de algemene vergadering of, indien de rechtspersoon een stichting is, door een besluit van het bestuur tenzij in de statuten anders is voorzien;*
> *b. bij het intreden van een gebeurtenis die volgens de statuten de ontbinding tot gevolg heeft, en die niet een besluit of een op ontbinding gerichte handeling is;*
> *c. na faillietverklaring door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie;*
> *d. door het geheel ontbreken van leden, indien de rechtspersoon een vereniging, een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij is;* [welke ontbindingswijze niet van toepassing is op de BV]
> *e. door een beschikking van de Kamer van Koophandel als bedoeld in artikel 19a;*
> *f. door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt.'*

respectievelijk:

> *'Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan (...).'*

De onder artikel 2:19 lid 1 sub f BW genoemde ontbindingswijze – de ontbinding door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt – ziet op de ontbindingsgronden zoals opgenomen in de artikelen 2:20, 2:21, 2:185 en 2:356 sub f BW, althans voor wat de BV betreft.

Ten aanzien van de in artikel 2:19 lid 1 en 4 BW opgesomde ontbindingswijzen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de ontbinding van een 'actieve BV' en de ontbinding van een 'lege BV'. Alvorens op dit onderscheid in te gaan en uit een te zetten wat onder een 'lege BV' dient te worden verstaan (paragraaf 3.3), komen in paragraaf 3.2 de verschillende ontbindingswijzen ex artikel 2:19 lid 1 BW aan bod. In paragraaf 3.4 worden de ontbindingswijzen van de 'lege BV' uitvoeriger beschreven.

3.2 De mogelijke ontbindingswijzen van een BV

De opsomming van de ontbindingswijzen van artikel 2:19 lid 1 BW wordt gezien als een limitatieve opsomming.[1] In deze opvatting wordt de turboliquidatie dus niet als separate ontbindingswijze gezien, maar als een ontbinding ex artikel 2:19 lid 1 BW. Mijns inziens kan de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW echter ook als zelfstandige ontbindingswijze worden aangemerkt, gelet op de aanzienlijke verschillen tussen een ontbinding op grond van het eerste lid en het vierde lid van artikel 2:19 BW. Deze verschillen worden veroorzaakt doordat na een turboliquidatie geen vereffeningprocedure hoeft te worden doorlopen.

In deze paragraaf zullen slechts de ontbindingswijzen als bedoeld in artikel 2:19 lid 1 BW centraal staan, omdat de overige hoofdstukken van dit proefschrift geheel in het teken staan van de ontbindingswijze ex artikel 2:19 lid 4 BW: de turboliquidatie.

De eerste ontbindingswijze van de BV opgenomen in artikel 2:19 lid 1 BW is de ontbinding door een besluit van de algemene vergadering (sub a). Deze wijze van ontbinding is de in de praktijk meest voorkomende voor wat betreft BV's.[2] Artikel 2:19 lid 1 sub a BW is een bepaling van dwingendrechtelijke aard, waarmee wordt beoogd dat de statuten niet aan een ander orgaan van de rechtspersoon of aan een derde de bevoegdheid kunnen toekennen de BV te ontbinden. Ik deel overigens de opvatting van Kroeze dat de bevoegdheid tot ontbinding evenmin statutair kan worden uitgesloten. De bevoegdheid tot ontbinding kan daarentegen wel worden beperkt door statutair een voorstel tot ontbinding of de goedkeuring van de ontbinding van een ander orgaan te vereisen. Ook is het mogelijk statutair een gekwalificeerde of versterkte meerderheid en/of een quorum te eisen voor wat betreft het nemen van een ontbindingsbesluit. De ontbinding zelf vindt plaats door en met het besluit van de algemene vergadering van de BV, tenzij bij het besluit is bepaald dat de ontbinding op een toekomstig tijdstip zal plaatsvinden of afhankelijk is van een nog te vervullen voorwaarde.[3]

1 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 379 en Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
2 De Bruijn 2004, p. 216 en Nethe 2013-2, p. 8-9.
3 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 380.

De tweede ontbindingswijze van de BV opgenomen in artikel 2:19 lid 1 BW is de ontbinding bij het intreden van een gebeurtenis die volgens de statuten de ontbinding tot gevolg heeft, en die niet een besluit of een op ontbinding gerichte handeling is (sub b). Een voorbeeld van een dergelijke in de statuten opgenomen ontbindingsgrond is dat de BV wordt ontbonden bij het overlijden van een bepaalde persoon. Deze ontbindingswijze heeft volgens Kroeze geen of nauwelijks betekenis voor de BV.[4] Winter en Wezeman menen zelfs dat in de praktijk in het algemeen geen gebruik wordt gemaakt van deze ontbindingswijze.[5] Ook Assink sluit zich hierbij aan.[6]

De derde ontbindingswijze van de BV opgenomen in artikel 2:19 lid 1 BW is de ontbinding na faillietverklaring door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie (sub c). De BV wordt in geval van artikel 2:19 lid 1 sub c BW niet ontbonden als gevolg van de faillietverklaring, maar volgend op de faillietverklaring.[7]

Een BV wordt ingevolge artikel 16 Fw ontbonden door de opheffing van het faillissement indien er niet voldoende baten beschikbaar zijn voor voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Met de opheffing van het faillissement eindigt ook de functie van de curator. Veelal zal de BV ten tijde van de opheffing direct ophouden te bestaan, juist vanwege het gebrek aan baten.[8]

Gedurende het faillissement wordt de staat van insolventie bereikt wanneer op de verificatievergadering geen akkoord wordt aangeboden of wanneer het aangeboden akkoord wordt verworpen of de homologatie geweigerd is, aldus artikel 173 lid 1 Fw. Wanneer de BV wordt ontbonden als gevolg van het bereiken van de staat van insolventie tijdens faillissement ex artikel 173 Fw, is de curator belast met de liquidatie/vereffening. Hierop zijn de bepalingen van de Faillissementswet van toepassing: uit artikel 2:23a lid 5 BW volgt dat de bepalingen van artikel 2:23a-23c BW niet van toepassing zijn op de vereffening in faillissement. De BV bestaat voort tot het tijdstip waarop de vereffening eindigt, van welk feit de curator opgave doet aan het handelsregister, aldus artikel 2:19 lid 5 en 6 BW.

De vierde ontbindingswijze van de BV opgenomen in artikel 2:19 lid 1 BW is de ontbinding door een beschikking van de Kamer van Koophandel als bedoeld in artikel 2:19a BW (sub e). Deze ontbindingswijze is pas op 1 september 1994 ingevoerd,[9] samen met de mogelijkheid tot turboliquidatie. Wanneer sprake is van ten minste twee van de navolgende omstandigheden dient de Kamer van Koophandel de BV te ontbinden:

4 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 382.
5 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 391.
6 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
7 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
8 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 383.
9 *Stb.* 1994, 506.

'a. er staan gedurende ten minste een jaar geen bestuurders van de rechtspersoon in het register ingeschreven, terwijl ook geen opgaaf tot inschrijving is gedaan, dan wel er doet zich, indien er wel bestuurders staan ingeschreven, met betrekking tot alle ingeschreven bestuurders een van de navolgende omstandigheden voor:

1° bestuurder is overleden,

2° de bestuurder is ten minste een jaar niet bereikbaar gebleken op het in het register vermelde adres, en evenmin op het in de basisregistratie personen vermelde adres, of betrokkene is niet ingeschreven in de basisregistratie personen;

b. de rechtspersoon is ten minste een jaar in gebreke met de nakoming van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening of de balans en de toelichting overeenkomstig de artikelen 394, 396 of 397;

c. de rechtspersoon heeft ten minste een jaar geen gevolg gegeven aan een aanmaning als bedoeld in artikel 9, lid 3 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen tot het doel van aangifte voor de vennootschapsbelasting.'

Vóór 2014 vond men in artikel 2:19a lid 1 BW nog de omstandigheid dat de BV het voor haar inschrijving in het handelsregister of voor de inschrijving van de aan haar toebehorende onderneming verschuldigde bedrag niet had voldaan gedurende ten minste één jaar na de datum waarvoor zij dat bedrag had dienen te voldoen. Deze omstandigheid is geschrapt, omdat deze bijdrage sinds 1 januari 2013 niet meer verschuldigd is.[10]

De vijfde ontbindingswijze van de BV opgenomen in artikel 2:19 lid 1 BW is de ontbinding door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt (sub f). Deze in de wet bepaalde gevallen voor rechterlijke ontbinding vindt men in de artikelen 2:20, 2:21, 2:185 en 2:356 sub f BW. In artikel 2:20 BW zijn twee ontbindingsgronden geformuleerd. Ingevolge het eerste lid wordt een BV waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde door de rechtbank op verzoek van het Openbaar Ministerie (hierna ook: OM) verboden verklaard en ontbonden. De rechter heeft in dergelijke gevallen geen bewegingsruimte; hij *moet* de BV wiens werkzaamheid in strijd is met de openbare orde verboden verklaren en ontbinden. Van strijd met de openbare orde is sprake indien de handelingen inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondbeginselen van het Nederlandse rechtsstelsel. Ingevolge de parlementaire geschiedenis kan hierbij worden gedacht aan:

'Gebruik van geweld of bedreiging daarmee tegen het openbaar gezag of tegen degenen met wier opvattingen men het, al dan niet op goede gronden, oneens is, valt eronder, evenals rassendiscriminatie en andere verbonden discriminatie. Evenzo het

10 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 385.

> *heulen met een mogendheid waarvan valt te verwachten dat zij een geboden kans om ons volk te onderdrukken zou grijpen, het weerstreven van onherroepelijke rechterlijke uitspraken of onrechtmatige benadeling van anderen als middel om het bestaan van de rechtspersoon te rekken. Tenslotte behoren als strijdig met de openbare orde (...) te worden aangemerkt uitlatingen zoals het aanzetten tot haat en uitingen die verboden discriminatie inhouden of een mensonterend streven zoals het in de literatuur gegeven voorbeeld van een pleidooi om het doden van bepaalde volksgroepen straffeloos te maken. Al deze voorbeelden hebben gemeen dat zij een aantasting inhouden van de als wenselijk ervaren beginsel van ons rechtstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving.'*[11]

Het dient daarbij te gaan om méér dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. De verbodenverklaring dient te worden beschouwd als een *'noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting zijn van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten.'*[12] Volgens de Hoge Raad kunnen gedragingen van derden in beginsel niet worden toegerekend aan de rechtspersoon als eigen werkzaamheid in de zin van artikel 2:20 lid 1 BW.[13] In de praktijk werden rechtspersonen onder andere verboden verklaard en ontbonden vanwege oproeping en aanzetting tot discriminatie[14] en het handelen in strijd met het gemeentelijke coffeeshopbeleid.[15] Onlangs besloot de Hoge Raad tot verbodenverklaring en ontbinding van een rechtspersoon die pedofilie verheerlijkte.[16]

Ingevolge het tweede lid van artikel 2:20 BW wordt een BV waarvan het doel in strijd is met de openbare orde door de rechtbank op verzoek van het OM ontbonden. De rechter kan de BV alvorens de ontbinding uit te spreken in de gelegenheid stellen binnen een door hem te bepalen termijn haar doel zodanig te wijzigen dat het niet langer in strijd is met de openbare orde. Met andere woorden; de rechter kan de BV een terme de grâce verlenen. Het doel van de BV in de zin van artikel 2:20 lid 2 BW dient ruim te worden uitgelegd: het omvat niet alleen het statutaire doel, maar ook hetgeen in de statuten als middelen wordt aangegeven. Een voorbeeld van een doel in strijd met de openbare orde is de situatie waarin een rechtspersoon zich ten doel stelt met behulp van middelen verkregen uit illegale handel weldadigheid te bedrijven.[17]

---

11 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 476, nr. 5 (MvA), p. 3.
12 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 391.
13 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 396 (*Hells Angels*).
14 Rb. Amsterdam 18 november 1998, *NJ* 1999, 377.
15 Rb. Almelo 29 augustus 2001, ECLI:NL:RBALM:2001:AD3265.
16 HR 18 april 2014, *NJ* 2014, 507 (*Vereniging Martijn*).
17 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 393.

Volgens de rechtbank Utrecht is het doel vermogen van iemand voor verhaal onbereikbaar te maken niet strijdig met de openbare orde.[18] Voor wat betreft de uitleg van de term 'openbare orde' wordt verwezen naar hetgeen hierover is geschreven met betrekking tot de ontbindingsgrond van artikel 2:20 lid 1 BW.

In artikel 2:21 BW worden vier ontbindingsgronden opgesomd. De rechtbank ontbindt ingevolge het eerste lid een BV indien: a) aan haar totstandkoming gebreken kleven, b) haar statuten niet aan de eisen der wet voldoen en c) zij niet onder de wettelijke omschrijving van haar rechtsvorm valt. De rechter heeft ten aanzien van deze ontbindingsgronden geen discretionaire bevoegdheid; hij *moet* ontbinden. Wel kan de rechter de BV een terme de grâce verlenen waarbinnen de BV aan de eisen van de wet dient te voldoen, aldus het tweede lid van voormeld artikel.

Voorbeelden van gebreken aan de totstandkoming van de BV als bedoeld in artikel 2:21 lid 1 sub a BW zijn een gebrek in de oprichtingshandeling, doordat de deelneming aan de oprichtingshandeling van één of meer oprichters ongeldig is op gronden ontleend aan het gemene recht, het ontbreken van kracht van authenticiteit aan de notariële akte van oprichting[19] en het niet voldoen van de inhoud van de notariële akte aan de eisen die de wet stelt. Voor wat betreft de onder sub b genoemde grond – de statuten van de BV voldoen niet aan de eisen der wet – zijn de artikelen 2:177 en 2:178 BW van belang. De derde grond – de BV valt niet onder de wettelijke omschrijving van haar rechtsvorm – ziet op een discrepantie tussen de wettelijke vereisten van de rechtsvorm en de statutaire regels of het feitelijk functioneren.

Krachtens het derde lid van artikel 2:21 BW kan de rechtbank een BV ontbinden indien deze de in Boek 2 BW voor haar rechtsvorm gestelde verboden overtreedt of in ernstige mate in strijd met haar statuten handelt. De rechter heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid. De zinsnede *'in ernstige mate'* geeft aan dat zowel de overtreden statutaire bepaling als de frequentie van de overtreding een rol kan spelen.

De ontbinding ex artikel 2:21 BW wordt uitgesproken op verzoek van een belanghebbende of het OM. Volgens Kroeze dient een belanghebbende een redelijk belang bij ontbinding te hebben, waarvan slechts sprake is indien hij bij niet-ontbinding in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad. Het OM dient een openbaar belang te hebben.[20]

Op grond van artikel 2:22 lid 1 BW kan de rechter gedurende het geding tot rechterlijke ontbinding van de BV het vermogen van die BV desverlangd onder bewind stellen. Bovendien maakt artikel 2:22a BW het mogelijk dat voor of bij het

18 Rb. Utrecht 3 september 2012, *JOR* 2013/2.

19 Hiervan is sprake wanneer de notaris ter plaatse niet bevoegd was tot het verlenen van een notariële akte, maar ook in geval de akte de datum of de plaats van het verlijden niet vermeld (artikel 40 lid 4 Wna) of indien bij het verlijden van de akte de betrokken personen en getuigen niet aan de notaris bekend zijn (artikel 39 lid 1 jo. lid 5 Wna).

20 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 395-396.

doen van een verzoek door het OM tot ontbinding van een BV bij rechterlijke beschikking aan de aandeelhouders de bevoegdheid tot het vervreemden, verpanden of met vruchtgebruik belasten van aandelen wordt ontzegd.

In artikel 2:185 lid 1 BW zijn twee rechterlijke ontbindingsgronden opgenomen. De rechtbank ontbindt de BV op verzoek van het OM indien zij haar doel, door een gebrek aan baten, niet kan bereiken. De rechter heeft ten aanzien van deze ontbindingsgrond geen discretionaire bevoegdheid. Bovendien kan de rechtbank de BV ontbinden wanneer deze haar werkzaamheden tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt. Ten aanzien van deze ontbindingsgrond heeft de rechtbank wel een discretionaire bevoegdheid. Ingevolge het tweede lid van artikel 2:185 BW kan de rechter alvorens de ontbinding uit te spreken de BV in de gelegenheid stellen binnen een door hem te bepalen termijn het verzuim te herstellen.

De laatste rechterlijke ontbindingsgrond is te vinden in artikel 2:356 sub f BW. In dit artikel zijn de mogelijke voorzieningen in een enquêteprocedure uiteengezet, waaronder de ontbinding van de BV. De in de artikelen 2:345 tot en met 2:347 BW genoemde organen en personen kunnen bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek indienen. De Ondernemingskamer zal een dergelijk verzoek toewijzen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, aldus artikel 2:350 lid 1 BW. Gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bestaan indien zodanige feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen dat er een gerede kans bestaat dat bij nader onderzoek blijkt van een onjuist beleid.[21] Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid wanneer de BV in strijd met de wet of statuten handelt, wanneer het belang van de vennootschap en de persoonlijke belangen van de bij de vennootschap betrokkenen onvoldoende gescheiden worden gehouden of indien aan aandeelhouders, de OR of andere belanghebbenden onjuiste of onvoldoende informatie is verstrekt.[22] De Ondernemingskamer heeft daarbij een discretionaire bevoegdheid.[23] Bij zijn beslissing dient de Ondernemingskamer een afweging van de betrokken belangen te maken.[24] Wanneer het enquêteverzoek wordt toegewezen, wordt een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken binnen de BV, welk onderzoek wordt uitgevoerd door één of meer rapporteurs. Indien na het onderzoek uit het verslag van de rapporteurs blijkt van wanbeleid kan de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:356 BW voorzieningen treffen. In 1974 besliste de Ondernemingskamer dat wanbeleid in de zin van artikel 2:355 BW niet slechts ziet op wanbeleid op bedrijfseconomisch en sociaal gebied.[25] In 1979 oordeelde de Ondernemingskamer dat sprake is van wanbeleid indien is gehandeld in strijd met

21 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 369.
22 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 2-II*, nr. 756-758.
23 HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 173 (*Unilever*) en HR 20 november 1996, *NJ* 1997,188 (*Wijsmuller*).
24 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 2-II*, nr. 754.
25 Hof Amsterdam (OK) 15 november 1972, *NJ* 1974, 293 (*Lisman*).

de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.[26] Uit latere jurisprudentie volgt dat het in strijd handelen met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap geen exclusief criterium voor wanbeleid is.[27] Volgens de Hoge Raad levert niet iedere beleidsfout wanbeleid in de zin van artikel 2:355 BW op; de fout dient voldoend ernstig te zijn.[28] Het wanbeleid hoeft niet structureel van aard te zijn.[29]

De ontbinding van de BV als voorziening na gebleken wanbeleid ex artikel 2:356 sub f BW is bedoeld als ultimum remedium,[30] hetgeen ook blijkt uit het zevende lid van artikel 2:357 BW:

> *'De ondernemingskamer spreekt de ontbinding van de rechtspersoon niet uit, wanneer het belang van de leden of aandeelhouders of van degenen die in dienst van de rechtspersoon zijn, dan wel het openbaar belang zich daartegen verzet.'*

De ontbinding als voorziening kan ingevolge artikel 2:358 lid 1 BW niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

3.3 De 'lege BV'

Voordat een onderscheid kan worden gemaakt tussen de ontbindingswijzen van actieve BV's en de ontbindingswijzen van 'lege BV's' dient uiteengezet te worden wat onder een 'lege BV' wordt verstaan. Van der Grinten verstaat onder een lege vennootschap een vennootschap die in feite geen activiteiten ontwikkelt. Hij wijst erop dat 'leeg' in dit verband niet betekent dat de vennootschap geen vermogen heeft.[31] Met Nethe moet worden aangenomen dat twee vereisten aan het kunnen worden aangemerkt als een lege vennootschap worden gesteld: het ontbreken van activiteiten en het ontbreken van activa (respectievelijk vermogen per saldo) van enige betekenis.[32] De Hoge Raad hanteert ook een dergelijke omschrijving van een lege vennootschap. Volgens de Hoge Raad dient onder een lege vennootschap te worden verstaan een vennootschap die in het geheel geen activa (meer) heeft en derhalve geen activiteiten (meer) ontplooit. Anders geformuleerd: een lege vennootschap is een vennootschap zonder onderneming in de zin van de Handelsregisterwet, aldus de Hoge Raad.[33] Deze

26 Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*).
27 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 2-II*, nr. 790.
28 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem*).
29 HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182 (*HBG*) en HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 (*RNA*).
30 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, *NJ* 1989, 270, m.nt. J.J.M. Maeijer (*Van der Klis*).
31 Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 373. Deze definitie is komen te vervallen in de laatste druk van het Handboek (Van der Heijden/ Van der Grinten & Dortmond 2013).
32 Nethe 1995, p. 28.
33 HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 433, m.nt. Maeijer.

formulering doet vermoeden dat de Hoge Raad uitgaat van twee cumulatieve vereisten, maar dat lijkt mij geen juiste benadering. Ik verwijs naar de mijns inziens aantrekkelijke benadering gehanteerd in de parlementaire geschiedenis:

> *'Lege vennootschappen zijn vennootschappen die geen activiteiten (meer) verrichten en waarin zich dan ook in de regel geen of zeer weinig activa meer bevinden.'*[34]

Volgens de parlementaire geschiedenis kunnen dergelijke lege vennootschappen op verschillende wijzen ontstaan. Het komt in de praktijk nogal eens voor dat – wanneer een directeur-grootaandeelhouder van een BV met pensioen gaat of komt te overlijden – de onderneming wordt opgeheven, maar de BV niet ontbonden wordt. Wettelijk gezien vindt er in dergelijke situaties geen vereffening plaats. Feitelijk vindt echter wel een vereffening plaats; de schulden worden betaald en de baten worden feitelijk ter beschikking gesteld aan de aandeelhouder of diens erfgenamen. Ook komt het voor dat een BV in het handelsregister wordt ingeschreven, maar vervolgens in feite nooit activiteiten gaat ontplooien. Het wordt wenselijk geacht dat lege vennootschappen (op eenvoudige wijze kunnen) worden ontbonden, met name teneinde te voorkomen dat daarvan misbruik wordt gemaakt:

> *'Lege vennootschappen kunnen gemakkelijk in handen komen van lieden die de voor oprichting van een vennootschap vereiste ministeriële verklaring van geen bezwaar niet zouden hebben gekregen. Ook kan door het overnemen van een lege vennootschap het vereiste van storting van het minimumkapitaal worden ontgaan. Het is voorts niet uitgesloten dat crediteuren worden misleid door het in de statuten opgenomen geplaatste kapitaal waar tegenover geen of onvoldoende waarden staan. Malafide praktijken door middel van opgekochte lege vennootschappen worden reeds thans zoveel mogelijk tegengegaan.'*[35]

Met Nethe ben ik van mening dat er verschillende gradaties van 'leegheid' zijn te onderscheiden:

> *'I De bv verricht geen reële activiteiten (meer) c.q. houdt geen onderneming (meer) in stand;*
> *II De bv verricht geen activiteiten en kampt met een gebrek aan activa, althans inkomsten;*
> *III De bv verricht geen activiteiten, heeft haar schulden voldaan en het eventuele batig saldo in feite uitgekeerd aan de aandeelhouder(s);*
> *IV De bv verricht geen activiteiten en heeft geen activa of geen activa van enige betekenis.'*[36]

34 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 1.
35 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 2.
36 Nethe 1995, p. 27.

In de wet zijn drie ontbindingswijzen voor 'lege BV's' opgenomen: de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, de ontbinding door de Kamer van Koophandel ex artikel 2:19a BW en de rechterlijke ontbinding ex artikel 2:185 BW. Per ontbindingswijze wordt een andere omschrijving van een 'lege BV' gehanteerd:

Ten aanzien van de turboliquidatie als ontbindingswijze wordt ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW onder een 'lege BV' verstaan een BV die ten tijde van ontbinding geen baten meer heeft. In paragraaf 5.3 zal ik bepleiten dat er ten tijde van ontbinding tevens geen schulden mogen bestaan.

Ten aanzien van de ontbinding op initiatief van de Kamer van Koophandel wordt ingevolge artikel 2:19a lid 1 BW onder een 'lege BV' verstaan een BV waarbinnen zich ten minste twee van de volgende situaties voordoen:
- a) er staan gedurende ten minste een jaar geen bestuurders van de BV in het register ingeschreven, terwijl ook geen opgaaf tot inschrijving is gedaan óf b) alle ingeschreven bestuurders zijn overleden of ten minste één jaar niet bereikbaar gebleken op het in het register vermelde adres, en evenmin op het in de basisregistratie personen vermelde adres, of betrokkene is niet ingeschreven in de basisregistratie personen;
- de BV is ten minste één jaar in gebreke met de nakoming van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening of de balans en de toelichting;
- de BV heeft ten minste één jaar geen gevolg gegeven aan een aanmaning tot het doen van aangifte voor de vennootschapsbelasting.

Ten aanzien van de ontbinding door de rechter wordt ingevolge artikel 2:185 BW onder een 'lege BV' verstaan een BV die haar doel door een gebrek aan baten niet kan bereiken alsmede een BV die haar werkzaamheden tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt.

3.4 De ontbinding van een 'lege BV' op grond van artikel 2:185 lid 1 BW

Zoals beschreven in paragraaf 3.2 zijn in artikel 2:185 lid 1 BW twee rechterlijke ontbindingsgronden opgenomen. De rechtbank ontbindt de BV op verzoek van het OM indien zij haar doel, door een gebrek aan baten, niet kan bereiken. De rechter heeft ten aanzien van deze ontbindingsgrond geen discretionaire bevoegdheid. Voor de beoordeling of in een specifiek geval sprake is van het niet kunnen bereiken van het doel door een gebrek aan baten op grond waarvan een BV dient te worden ontbonden, zijn volgens Nethe ook de in de toekomst door de BV te verrichten werkzaamheden relevant. Onder baten in de zin van artikel 2:185 lid 1 BW dient te

worden verstaan: de activa die exploitatiemiddelen zijn en de inactieve vennootschap daadwerkelijk in staat kunnen stellen om activiteiten te gaan verrichten.[37]

Bovendien kan de rechtbank de BV ontbinden wanneer deze haar werkzaamheden tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt. Daarbij is het niet de vraag of het doel van de BV *kan* worden bereikt, maar of het doel *wordt* bereikt door middel van het verrichten van werkzaamheden. Het staken van de werkzaamheden in de zin van artikel 2:185 lid 1 BW dient volgens Nethe niet al te strikt te worden uitgelegd; onder het staken van de werkzaamheden valt ook de situatie waarin de ondernemingsactiviteiten van de BV nagenoeg geheel zijn gestaakt.[38] Ten aanzien van deze ontbindingsgrond heeft de rechtbank wel een discretionaire bevoegdheid.

Ingevolge het tweede lid van artikel 2:185 BW kan de rechter alvorens de ontbinding uit te spreken de BV in de gelegenheid stellen binnen een door hem te bepalen termijn het verzuim te herstellen. De tweede ontbindingsgrond *'wanneer de vennootschap haar werkzaamheden tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt'* werd toegevoegd aan voormelde artikelen, omdat het voor het OM moeilijk bleek het gebrek aan baten aan te tonen. Deze ontbindingsgrond ziet op slapende vennootschappen: vennootschappen die de werkzaamheden hebben gestaakt. Wanneer het niet de bedoeling is om de activiteiten van de slapende BV weer op te pakken, ontstaat een risico op misbruik van de BV. De lege BV zou immers kunnen worden verkocht voor een bepaald bedrag en vervolgens worden gebruikt voor een activiteit die met haar vroegere werkzaamheden niets te maken heeft. Vóór de afschaffing van de verklaring van geen bezwaar als constitutief vereiste voor de oprichting van een BV kon men met een dergelijke BV-handel het preventieve toezicht door de Minister van Justitie ontwijken, hetgeen misbruik van BV's bevorderde. Thans is het systeem van preventief toezicht vervangen door een doorlopend controlesysteem, vastgelegd in de Wet controle op rechtspersonen.[39]

Volgens Nethe wordt met de rechterlijke ontbinding ex artikel 2:185 BW een drietal doelstellingen nagestreefd:

1. het doen verdwijnen van vennootschappen die geen activiteiten (meer) ontplooien (het *geen-bestaansgrond-motief*);
2. het kunnen doorhalen in het handelsregister van vennootschappen waarvan de inschrijving nutteloos is (het *opschoningsmotief*);
3. het bestrijden van misbruik van vennootschappen, omdat een inactieve vennootschap voor een nieuwe activiteit wordt gebruikt zonder dat het departement hierop toezicht uitoefent en storting van het minimumkapitaal plaatsvindt (het *anti-misbruikmotief*).[40]

37 Nethe 1995, p. 102-104.
38 Nethe 1995, p. 110.
39 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 398.
40 Nethe 1995, p. 89.

Thans wordt in de praktijk door het OM nauwelijks gebruik gemaakt van de ontbindingsgronden opgenomen in artikel 2:185 BW. Sinds de invoering van artikel 2:19a BW is aan artikel 2:185 BW ter bestrijding van lege BV's ook minder behoefte.[41]

3.5 De ontbinding van een 'lege BV' op grond van artikel 2:19a BW

In 1994 werd de mogelijkheid tot ontbinding van rechtspersonen door de Kamer van Koophandel ex artikel 2:19a BW, de ontbinding van niet-actieve rechtspersonen langs administratieve weg, ingevoerd. Volgens de memorie van toelichting was het achterliggend doel daarbij de ontbinding van rechtspersonen die hun werkzaamheden hebben beëindigd of die nooit actief zijn geweest, te vereenvoudigen. Het werd wenselijk geacht om dergelijke 'lege vennootschappen' op eenvoudige wijze te ontbinden, enerzijds om te voorkomen dat daarvan misbruik wordt gemaakt en anderzijds om de handelsregisters, waarin deze rechtspersonen staan ingeschreven, te ontlasten. Bovendien zou het nieuwe artikel 2:19a BW ertoe leiden dat de rechterlijke macht werd ontlast voor wat betreft de ontbindingen ex artikel 2:185 BW.[42] Volgens Assink is de gedachte achter de invoering van artikel 2:19a BW tevens gelegen in het feit dat voor de aandeelhouder(s) van lege rechtspersonen in de regel geen uitkering in het verschiet ligt, als gevolg waarvan een ontbindingsbesluit door de rechtspersoon vaak niet wordt genomen.[43]

De Kamer van Koophandel dient ingevolge het eerste lid van artikel 2:19a BW een BV te ontbinden indien zich ten minste twee daarin genoemde situaties voordoen.[44] Indien dit het geval is, volgt hierop niet direct de ontbinding van de BV. Op grond van het derde lid van artikel 2:19a BW deelt de Kamer van Koophandel de BV en de ingeschreven bestuurders bij aangetekende brief mee dat zij voornemens is tot ontbinding van de BV over te gaan, met vermelding van de omstandigheden waarop het

41 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 398.

42 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 2.

43 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.

44 Begin januari 2015 is het ambtelijk wetsvoorstel tot Wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Burgerlijk Wetboek in verband met de evaluatie van de Handelsregisterwet 2007, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wetten, voor internetconsulatie aangeboden. Eén van de 'andere onderwerpen in die wetten' betreft de aanpassing van artikel 2:19a BW. Voorgesteld wordt om aan het huidige artikel 2:19a BW twee ontbindingsgronden toe te voegen teneinde de slagvaardigheid van de Kamer van Koophandel bij het ontbinden van lege rechtspersonen te vergroten. Het wetsvoorstel introduceert de volgende twee ontbindingsgronden: *'de rechtspersoon heeft ten minste drie aaneengesloten tijdvakken geen aangifte voor de omzetbelasting dan wel voor de loonheffing ingediend, of nihilaangiften voor de omzetbelasting dan wel voor de loonheffing ingediend'* en *'de rechtspersoon is niet of niet meer gevestigd op het in het handelsregister ingeschreven adres, terwijl ook geen opgave tot wijziging van dit adres is gedaan'*. Zie Wessel 2015, p. 94-97 voor de vraag of deze beoogde regeling haar doel niet voorbijschiet.

voornemen is gegrond. Deze mededeling wordt ingeschreven in het handelsregister en wanneer de bestuurders van de BV niet bekend zijn, doet de Kamer tevens van het voornemen tot ontbinding een mededeling opnemen in de Staatscourant. Vervolgens heeft de BV acht weken de tijd ervoor te zorgen dat de omstandigheden waarop het ontbindingsvoornemen is gebaseerd, zich niet meer voordoen. Indien na verloop van acht weken de omstandigheden nog steeds aan de orde zijn, wordt de BV bij beschikking door de Kamer van Koophandel ontbonden, aldus het vierde lid van artikel 2:19a BW. Onvoldoende voor ontbinding is dat de BV na afloop van de acht-wekentermijn nog slechts in verzuim is ter zake van één omstandigheid.[45] De beschikking wordt bekend gemaakt aan de BV en de ingeschreven bestuurders alsmede opgenomen in de vorm van een mededeling in de Staatscourant (artikel 2:19a lid 5 en 6 BW).

Tegen de ontbindingsbeschikking staat beroep open bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna ook: CBB) door iedere rechtstreeks belanghebbende, waaronder ook een aandeelhouder of bestuurder kan worden verstaan. Een beroep heeft geen schorsende werking.[46]

Teneinde te voorkomen dat er een samenloop plaatsvindt tussen artikel 2:19a BW en artikel 2:185 BW is in het eerste lid van artikel 2:185 BW opgenomen dat het OM de Kamer van Koophandel – in wiens handelsregister de BV is ingeschreven – meedeelt dat het voornemens is een verzoek tot ontbinding in te stellen. Vice versa is in het derde lid van artikel 2:19a BW opgenomen dat van het voornemen van de Kamer van Koophandel tot ontbinding opgaaf wordt gedaan aan het handelsregister. Het OM zal voordat zij een verzoek tot ontbinding ex artikel 2:185 lid 1 BW doet het handelsregister dienen te raadplegen.

3.6 Samenvatting en conclusie

De ontbindingswijzen van een BV zijn opgesomd in artikel 2:19 lid 1 en lid 4 BW. Ten aanzien van de aldaar opgesomde ontbindingswijzen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de ontbinding van een 'actieve BV' en de ontbinding van een 'lege BV'. Over het algemeen wordt onder een 'lege BV' verstaan een BV die geen activiteiten (meer) verricht en waarin zich dan ook in de regel geen of zeer weinig activa meer bevinden. In de wet zijn drie ontbindingswijzen voor 'lege BV's' opgenomen: de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, de ontbinding door de Kamer van Koophandel ex artikel 2:19a BW en de rechterlijke ontbinding ex artikel 2:185 BW. Per ontbindingswijze wordt een andere omschrijving van een 'lege BV' gehanteerd.

45 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 388.
46 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 388.

Hoofdstuk 4

DE TURBOLIQUIDATIE: EEN ONTBINDING ZONDER VEREFFENING

4.1 Inleiding

'Turboliquidatie' is de betiteling van de wijze van ontbinding van een rechtspersoon zoals vastgelegd in artikel 2:19 lid 4 BW.[1] De tekst van dit artikellid luidt als volgt:

> *'Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.'*

Kroeze omschrijft de turboliquidatie als volgt:

> *'In de praktijk heeft zich de zgn. turboliquidatie ontwikkeld. Bij een turboliquidatie rondt het bestuur de vereffening feitelijk af voordat het daartoe bevoegde orgaan het ontbindingsbesluit neemt. Turboliquidatie is ontbinding zonder (formele) vereffening.'*[2]

Assink omschrijft de turboliquidatie op vergelijkbare wijze als Kroeze:

> *'feitelijke vereffening door – het bestuur van – de rechtspersoon direct voorafgaand aan ontbinding van de rechtspersoon, resulterend in het ontbreken van baten op het ná de fase van feitelijke vereffening gelegen tijdstip van ontbinding op de voet van art. 2:19 lid 1 sub a BW.'*[3]

Het voornaamste verschil met de 'reguliere' wijze van ontbinding is dat bij de turboliquidatie na het ontbindingsbesluit, genomen door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW, geen vereffeningsprocedure plaatsvindt. Dit is een logisch gevolg van artikel 2:19 lid 4 BW, waarin is bepaald dat geen baten meer mogen bestaan op het moment van ontbinding van een BV. De reden waarom een turboliquidatie – als

---

1 Zie o.a. De Bruijn 2004, p. 217, Smid 2002, p. 8, Ten Voorde 2006, p. 67, Ten Voorde 2007, onder 3.3.2.
2 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 404.
3 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.

ontbindingswijze van een rechtspersoon – vaak wordt geadviseerd door accountants, advocaten en fiscalisten, is vooral gelegen in het feit dat geen vereffeningsprocedure plaatsvindt. Hierdoor wordt de turboliquidatie als snelle en goedkope ontbindingswijze van een BV gezien.

In geval van BV's worden in het overgrote deel van de gevallen ruim voorafgaand aan de ontbinding de activiteiten gestaakt of overgedragen.[4] De wettelijke regeling inzake vereffening, waarbij rekening en verantwoording dient te worden afgelegd, een plan van verdeling dient te worden opgesteld, een publicatie in een landelijk verspreid dagblad dient plaats te vinden en de mogelijkheid bestaat dat verzet wordt aangetekend, wordt in dergelijke gevallen gezien als bezwarend. Deze vereisten worden mede als zwaar bevonden in verhouding tot het gemak waarmee BV's – zeker na de invoering van de Wet Flex-BV – kunnen worden opgericht.[5] Dit vormt dan ook de reden waarom in dergelijke gevallen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot ontbinding zonder vereffening ex artikel 2:19 lid 4 BW.

Dat in de praktijk veelvuldig voor deze wijze van ontbinding van een BV wordt gekozen, blijkt uit door de Kamer van Koophandel gehouden steekproeven. Hieruit bleek dat in 2007 tweederde van de, krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's, direct ophielden te bestaan ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW.[6] In 2012 vond 85 tot 90% van de ontbindingen van rechtspersonen plaats door middel van turboliquidatie, hetgeen bij ruim 24.000 genomen ontbindingsbesluiten neerkwam op ruim 20.000 turboliquidaties in dat jaar.[7] Ten aanzien van BV's bleek dat ruim driekwart van de, krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's, direct ophield te bestaan in dat jaar.[8]

Teneinde antwoord te geven op de geformuleerde onderzoeksvragen[9] is een algemeen overzicht betreffende de turboliquidatie alsmede de procedure ervan vereist. Dit hoofdstuk vangt aan met een beknopt wetshistorisch overzicht (paragraaf 4.2). Vervolgens worden in paragraaf 4.3 de verschillende verschijningsvormen van de turboliquidatie uiteengezet.

Zoals beschreven is het voornaamste verschil met de 'reguliere' wijze van ontbinding dat in geval van een turboliquidatie geen vereffeningsprocedure plaatsvindt na het door de algemene vergadering genomen ontbindingsbesluit ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW. Of ten tijde van de ontbinding van een BV een vereffeningsprocedure plaats zal vinden, is afhankelijk van de vraag in hoeverre binnen de BV baten en/of schulden bestaan. Daarom zal in paragraaf 4.4 worden ingegaan op het onderscheid tussen de

4 Van Olffen 2002, p. 103-104.
5 Ten Voorde 2007, onder 3.3.2.
6 Nethe 2008, p. 283-285.
7 Nethe 2013-1, p. 798-802.
8 Zie noot Nethe onder Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217 m.nt. Nethe.
9 Zie paragraaf 1.3.

verschillende wettelijke ontbindingsgronden: de ontbinding met vereffening, de ontbinding zonder vereffening, de ontbinding die resulteert in het faillissement van de BV en het faillissement dat resulteert in de ontbinding van de BV. Tot slot zal worden ingegaan op het voornaamste kenmerk van de turboliquidatie te weten de (ontbrekende) vereffeningsprocedure (paragraaf 4.5).

4.2 Een beknopt wetshistorisch overzicht

Naast het bepaalde in artikel 2:19 lid 4 BW zijn ook de artikelen 2:19 lid 5 en 2:23c lid 1 BW voor de turboliquidatie van belang.[10] Het vijfde lid van artikel 2:19 BW lijkt de wettelijke tegenhanger van het vierde lid te zijn:

> *'De rechtspersoon blijft na ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. In de stukken en aankondigingen die van hem uitgaan, moet aan zijn naam worden toegevoegd: in liquidatie.'*

Artikel 2:23c lid 1 BW is het artikel op grond waarvan een turbogeliquideerde BV die als het ware verdwenen is, kan herleven:

> *'Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In dat geval herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De vereffenaar is bevoegd van elk der gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot heeft ontvangen.'*

De geschiedenis van de ontbinding van lege vennootschappen gaat ver terug. Reeds na de inwerkingtreding van de Registratiewet 1917 is in de literatuur aandacht ontstaan voor lege vennootschappen. Ingevolge artikel 46 van deze wet werd destijds op de oprichtingsakte van een NV een registratierecht geheven van 2,5% over het gestorte kapitaal en 0,25% over het niet-gestorte kapitaal. Gepoogd werd deze belastingheffingen te omzeilen door 'lege' NV's te kopen. De registratieambtenaren verzetten zich tegen dergelijke praktijken, maar tevergeefs: de Hoge Raad stelde de ambtenaren in het ongelijk.[11]

Een specifieke wettelijke regeling ter bestrijding van lege vennootschappen ontbrak destijds. Een NV kon op grond van artikel 55 WvK (oud) slechts worden ontbonden door het verstrijken van een bepaalde tijd, door een daartoe strekkend besluit van de

10 In paragraaf 8.5 zal de mogelijke frictie tussen artikel 2:19 lid 4 en 2:23c lid 1 BW enerzijds en artikel 2:19 lid 5 BW anderzijds aan bod komen.

11 HR 12 november 1924, *NJ* 1924, 86 (*Lugdunum*).

algemene vergadering van aandeelhouders of door haar insolventie, nadat zij in staat van faillissement was verklaard. Het wetsartikel verwees bovendien naar artikel 37b WvK (oud), op grond waarvan de rechter op verzoek van het OM een NV waarvan de werkzaamheid in strijd was met de goede zeden of de openbare orde kon ontbinden. De opsomming van ontbindingsgronden in artikel 55 jo. 37b WvK (oud) werd gezien als limitatief.[12] Door de verwijzing in artikel 15 WvK (oud) naar de bepalingen van burgerlijk recht en de beschouwing van de NV als gekwalificeerde maatschap werd het mogelijk geacht om artikel 1683 sub 2 BW (oud) toe te passen op de NV. In voormeld artikel werd gelezen dat een 'lege' NV van rechtswege ontbonden werd:[13]

> *'Een maatschap wordt ontbonden door het tenietgaan van een goed of de volbrenging der handeling, die het onderwerp der maatschap uitmaakt.'*

Vanwege het gemis van een met artikel 1683 sub 2 BW (oud) vergelijkbare bepaling voor de NV stelde Van der Heijden voor de opsomming in artikel 55 WvK (oud) enuntiatief te maken. De rechter zou dan ingevolge artikel 15 WvK (juncto artikel 1638 sub 2 BW (oud)) een NV waarvan het doel is bereikt of de (bedrijfs)middelen ontbreken om het doel van de NV te verwezenlijken, ontbonden kunnen achten.[14] Aan de toepassing van artikel 1638 sub 2 BW (oud) op de NV maakte de Hoge Raad in 1958 een einde door te overwegen dat de opsomming van ontbindingsgronden in artikel 55 WvK (oud) limitatief was.[15] Als reactie hierop werd artikel 2.3.1.10a ingevoerd: [16]

> *'De rechtbank, binnen wier rechtsgebied de naamloze vennootschap haar woonplaats heeft, kan haar op vordering van het openbaar ministerie ontbinden, wanneer het doel van de vennootschap, door een gebrek aan baten niet kan worden bereikt.'*

Een gelijkluidend artikel werd later voor de BV opgenomen in artikel 2.3a.1.13. Met ingang van 1976 werden de artikelen 2.3.1.10a en 2.3a.1.13 vervangen door de artikelen 74 en 185 BW,[17] de voorgangers van de thans bestaande artikelen 2:74 en 2:185 BW.

Wanneer men de voor dit onderzoek relevante wetsartikelen beschouwt, gaat de geschiedenis wat betreft het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 en 2:23c lid 1 BW ook ver terug. In het Ontwerp Meijers van 1954 zijn gelijksoortige bepalingen terug te vinden.[18] Artikel 11 lid 1 van Titel 1 Boek 2 (oud) van voormeld Wetboek luidt nagenoeg hetzelfde als het huidige artikel 2:19 lid 5 BW:

12 Toelichting op het Ontwerp Heemskerk van 1925.
13 Nethe 1995, p. 43.
14 Van der Heijden, 1926, p. 326.
15 HR 31 december 1958, *NJ* 1959, 92.
16 Nethe 1995, p. 45.
17 Nethe 1995, p. 47.
18 *Kamerstukken II* 1954/55, 3769, nr. 2 (Ontwerp van wet), p. 3.

> *'Een rechtspersoon blijft na haar ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. In stukken en aankondigingen die van haar uitgaan, moet aan haar naam worden toegevoegd: in liquidatie.'*

Bij de wetswijzigingen in het Burgerlijk Wetboek in 1992 kreeg artikel 2:19 lid 5 BW de huidige vorm, zij het in het vierde lid van artikel 2:19 BW (oud):

> *'De rechtspersoon blijft na ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. In stukken en aankondigingen die van hem uitgaan, moet aan zijn naam worden toegevoegd: in liquidatie.'*[19]

Met deze wetswijziging werd ook de basis gelegd voor het huidige artikel 2:23c lid 1 BW, zij het in het vijfde lid van artikel 2:23c BW (oud):

> *'Indien achteraf nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. De vereffenaar is bevoegd van elk der gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot heeft ontvangen.'*[20]

Pas bij de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding van rechtspersonen door de Kamer van Koophandel in 1994[21] werden de artikelen 2:19 lid 4 en 2:23c lid 5 BW (oud) gewijzigd in de huidige teksten van de artikelen 2:19 lid 5 en 2:23c lid 1 BW.[22] Met deze wetswijziging werd ook de mogelijkheid tot turboliquidatie – een in de praktijk ontwikkeld fenomeen waarbij lege vennootschappen werden ontbonden zonder vereffeningsprocedure te volgen[23] – ingevoerd:

> *'Na lid 3 wordt een nieuw lid ingevoerd, luidende: 4. Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of, bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.'*[24]

---

19 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 725, nr. 2 (Ontwerp van wet), p. 14.
20 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 725, nr. 2 (Ontwerp van wet), p. 17.
21 Zie ook paragraaf 3.4.2.
22 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 2 (Voorstel van wet), p. 2 & 4.
23 Zie o.a. M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon,* Deventer: Kluwer 2015, nr. 380 en *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 17. Zie ook paragraaf 8.1.
24 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 2 (Voorstel van wet), p. 2.

Deze wetswijziging had in de eerste plaats ten doel de ontbinding van rechtspersonen die hun werkzaamheden hebben beëindigd of die nooit actief zijn geweest, te vereenvoudigen, door het mogelijk te maken dat deze rechtspersonen zonder rechterlijke tussenkomst konden worden ontbonden door een beschikking van de Kamer van Koophandel indien bepaalde omstandigheden zich voordoen.[25] Doordat de focus van het wetsvoorstel lag op de invoering van artikel 2:19a BW, wordt in de parlementaire geschiedenis nauwelijks gesproken over de andere mogelijkheid die door dit wetsvoorstel werd ingevoerd: de turboliquidatie. In de memorie van toelichting is slechts terug te lezen dat voor situaties waarin niets meer te vereffenen valt, *'in het nieuwe artikel 19 lid 4 is bepaald dat, als de rechtspersoon reeds op het tijdstip van ontbinding geen baten meer heeft, hij op dat tijdstip ophoudt te bestaan. Alsdan zal geen vereffenaar hoeven te worden benoemd.'*[26]

In de artikelsgewijze toelichting wordt iets dieper ingegaan op het bepaalde in artikel 2:19 lid 4 BW:

> *'Lid 4 bevat een regeling voor de rechtspersoon die reeds op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft. Alsdan zal men aan een vereffening niet toekomen en zal de rechtspersoon reeds bij de ontbinding hebben opgehouden te bestaan. Bepaald is dat in dat geval door het bestuur, of de Kamer van Koophandel bij toepassing van artikel 19a, bij de opgave van ontbinding aan het handelsregister tevens opgave wordt gedaan van het feit dat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan. (...) Het feit dat de rechtspersoon ophoudt te bestaan op het tijdstip waarop geen aan hem bekende baten meer aanwezig zijn blijkt thans uit lid 5. (...) Een bate is er nog wel, indien de rechtspersoon bijvoorbeeld nog een vordering heeft tegen bestuurders of commissarissen wegens wanbeleid. Alsdan is de vereffening pas geëindigd indien deze vordering is geïnd en het bedrag daarvan onder de rechthebbenden is verdeeld.'*[27]

Hier dringt zich het beeld op van de situatie waarin de wetgever artikel 2:19 lid 4 BW primair deed ontstaan in het kader van de vereenvoudigde ontbinding van slapende vennootschappen door de Kamer van Koophandel, en dat deze wijze van introductie, leidend tot potentieel grootschalig gebruik van het instrument van de turboliquidatie bij ontbinding ook zonder betrokkenheid van de Kamer van Koophandel, niet is doordacht.

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat al vroeg werd geschreven over het fenomeen 'lege vennootschappen' (reeds na de invoering van de Registratiewet in 1917), maar dat de codificatie van de turboliquidatie als wijze van ontbinding van een lege BV pas in 1994 plaatsvond. Daarentegen bestaan de artikelen omtrent

25 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 1.
26 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 6.
27 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 11.

het blijven voortbestaan van een rechtspersoon na ontbinding voor zover dit tot vereffening van het vermogen nodig is en de heropening van de vereffening al langere tijd, waarbij opgemerkt dient te worden dat deze pas in de jaren '90 van de vorige eeuw werden gewijzigd in de huidige wetteksten. Als gevolg van het feit dat de turboliquidatie werd ingevoerd met de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding zonder rechterlijke tussenkomst door een beschikking van de Kamer van Koophandel, ontbreekt in de parlementaire geschiedenis een uitgebreide toelichting op de turboliquidatie als ontbindingswijze. Een en ander heeft mijns inziens bijgedragen aan het ontstaan van allerhande discussiepunten gerelateerd aan toepassing van het instrument van de turboliquidatie.

4.3 De verschillende verschijningsvormen van de turboliquidatie

Sommige rechtsgeleerden stellen dat van turboliquidatie sprake is wanneer het bestuur, voorafgaand aan de ontbinding, het vermogen feitelijk vereffent, oftewel de schulden zoveel mogelijk betaalt en een eventueel overschot uitkeert, waarna tot turboliquidatie wordt overgegaan.[28] Naast de turboliquidatie als hier bedoeld, bestaan ook de zogeheten superturboliquidatie en de semi-turboliquidatie (ook wel de turbovereffening en/of versnelde vereffening genoemd).[29]

De superturboliquidatie is een variant op de turboliquidatie voor de gevallen waarin deze laatste niet slaagt, doordat de kapitaalklem bij een BV met een positief nominaal aandelenkapitaal eraan in de weg staat voorafgaand aan het besluit tot ontbinding de BV tot een 'lege BV' te maken. In geval van een superturboliquidatie wordt door middel van creatieve constructies gepoogd een samenloop te creëren van de rechtsmomenten van ontbinding (waardoor een mogelijke kapitaalklem wegvalt) en de uitkering van activa (waardoor geen vereffening behoeft plaats te vinden).[30] Dergelijke constructies die ertoe moeten leiden dat de ontbinding en de uitkering van het overschot samenvallen, zijn volgens Kroeze rechtens niet houdbaar in geval van een positief eigen vermogen in combinatie met een uitkeringsverbod. Het tijdstip van de ontbinding gaat zijns inziens noodzakelijkerwijs vooraf aan het vervallen van de kapitaalklem als gevolg waarvan van een samenval van rechtsmomenten geen sprake kan zijn.[31] Ik deel deze opvatting van Kroeze, zij het met de kanttekening dat BV's thans geen kapitaalklem meer kennen. Sinds de invoering van de Wet Flex-BV wordt de mogelijkheid tot het teruggeven van het eenmaal bijeengebrachte kapitaal aan de aandeelhouders door middel van een besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling

28 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 393 en De Bruijn 2004, p. 217.
29 Ten Voorde 2006, p. 67 en Ten Voorde 2007, onder 3.3.2.
30 Ten Voorde 2006, p. 67 en Ten Voorde 2007, onder 3.3.2.
31 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 404.

ex artikel 2:208 lid 4 BW bepaald aan de hand van het verschil tussen het eigen vermogen en de wettelijke en statutaire reserves. Wanneer het eigen vermogen groter is dan deze reserves, is kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouders tot dit bedrag toegestaan (artikel 2:208 lid 6 BW, waarbij wordt aangesloten bij de beperkte balanstest van artikel 2:216 lid 1 BW). Dit betekent dat indien er geen wettelijke en statutaire reserves bestaan, een zodanige kapitaalvermindering met terugbetaling in beginsel[32] telkens kan plaatsvinden. Volgens de minister, maar ook volgens Schwarz en Van der Sangen kan dit zelfs wanneer de BV een negatief eigen vermogen heeft.[33] Van Veen en Van der Zanden zien dit anders. Zij bepleiten ten aanzien van artikel 2:216 lid 1 BW – welke bepaling dezelfde norm behelst als artikel 2:208 lid 6 BW voor zover hier van belang – dat de bepaling veronderstelt dat het besluit tot uitkering [hier: het besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling] betrekking heeft op het vermogen van de vennootschap. Wanneer een BV een negatief eigen vermogen heeft, is hier volgens Van Veen en Van der Zanden geen sprake van; er is dan immers een tekort. Alsdan kan uitkering [hier: kapitaalvermindering met terugbetaling] niet aan de orde zijn, want '*uitkering van iets dat niet aanwezig is, lijkt onmogelijk.*'[34] Het gros van de BV's beschikt niet over wettelijke en statutaire reserves,[35] als gevolg waarvan het bijeengebrachte kapitaal eenvoudig kan worden teruggegeven aan de aandeelhouders, althans met name in de denkwijze van de minister, Schwarz en Van der Sangen. Wanneer een BV wel wettelijke en statutaire reserves heeft, dan zou ingevolge artikel 2:208 lid 6 BW geen besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouders kunnen worden genomen. Dit is echter eenvoudig op te lossen doordat bestaande statutaire reserves kunnen worden opgeheven via een statutenwijziging, terwijl het merendeel van de wettelijke reserves kan worden omgezet in kapitaal,[36] waarna ze alsnog voor uitkering vatbaar zijn.[37] Een superturboliquidatie behoort sinds de invoering van de Wet Flex-BV dus tot de mogelijkheden voor BV's, althans voor zover zij hun statuten zodanig hebben gewijzigd dat artikel 2:208 lid 6 BW toepasbaar is.

32 In beginsel, omdat ingevolge artikel 2:208 lid 6 jo. 2:216 lid 2 BW aan de uitkeringstest dient te zijn voldaan. Het besluit tot kapitaalvermindering met terugbetaling heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur mag de goedkeuring slechts weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap pas na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

33 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6 (Nota), p. 49-50. Zie ook: Schwarz 2012, p. 55-56 en Van der Sangen 2013, onder 2.

34 Van Veen & Van der Zanden 2014, p. 35.

35 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6 (Nota), p. 26.

36 Zie bijvoorbeeld artikel 2:390 lid 2 BW wat betreft de herwaarderingsreserve. Daarbij dient echter opgemerkt te worden dat voor een dergelijke omzetting vereist is dat de herwaarderingsreserve er effectief is, dus niet feitelijk aangetast zijn door binnen het eigen vermogen opgenomen negatieve saldi, aldus Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, nr. 541.

37 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 69. Zie ook: Van der Sangen 2013, onder 2.

De semi-turboliquidatie is een variant op de turboliquidatie waarbij de combinatie van een aantal artikelen een rol speelt. Het betreft de artikelen 2:19 lid 4, 2:23b lid 6 en 2:23b lid 9 BW. Het zesde lid van artikel 2:23b BW luidt als volgt:

> *'Telkens wanneer de stand van het vermogen daartoe aanleiding geeft, kan de vereffenaar een uitkering doen. Na de aanvang van de verzettermijn doet hij dit niet zonder machtiging van de rechter.'*

Artikel 2:23b lid 9 BW luidt:

> *'De vereffening eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn.'*

Van de semi-turboliquidatie is sprake wanneer de ontbinding wordt gevolgd door een vereffening die eindigt voordat de verzetstermijn ingaat als gevolg van het doen van een uitkering bij voorbaat van de resterende baten, waardoor de BV ophoudt te bestaan.[38] Volgens Kroeze staat de semi-turboliquidatie op gespannen voet met de vereffeningsprocedure zoals vastgelegd in artikel 2:23b BW en worden als het ware de daarin opgenomen waarborgen voor schuldeisers en gerechtigden omzeild. Zijns inziens is een semi-turboliquidatie slechts toegestaan indien de belangen van schuldeisers en gerechtigden op voorhand aantoonbaar niet in het gedrang (kunnen) komen, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij weinig direct betrokkenen, die allen ontvangen wat hen toekomt en bovendien instemmen met de te volgen handelwijze.[39] Ik kan mij vinden in deze opvatting van Kroeze. In geval van uitkeringen bij voorbaat ex artikel 2:23b lid 6 BW wordt geen rekening en verantwoording van de vereffening opgesteld waaruit de omvang en samenstelling van het overschot blijken, alsook geen plan van verdeling. Het moge duidelijk zijn dat de rekening en verantwoording en het plan dienen ter bescherming van de schuldeisers en gerechtigden. Door het ontbreken van deze documenten zouden deze betrokkenen in hun belangen kunnen worden geschaad. Een semi-turboliquidatie is mijns inziens slechts toelaatbaar in geval de belangen van de schuldeisers en gerechtigden aantoonbaar worden gewaarborgd.

Interessant is dat de minister een geheel afwijkende omschrijving van de turboliquidatie voor ogen heeft, te weten het faciliteren van een doorstart.[40]

Met het oog op de afbakening van dit onderzoek, blijft een verdere bespreking van de superturboliquidatie en de semi-turboliquidatie en andere mogelijke varianten op de turboliquidatie, achterwege.

---

38 Ten Voorde 2006, p. 67, Ten Voorde 2007, onder 3.3.2 en Koster 2007, p. 381-382.
39 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 381.
40 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg), p. 23.

4.4 Het onderscheid tussen de mogelijke wettelijke ontbindingsvormen

Zoals beschreven is het voornaamste verschil met de 'reguliere' wijze van ontbinding dat in geval van een turboliquidatie na het ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW geen vereffeningsprocedure plaatsvindt. Of na de ontbinding van een BV een vereffeningsprocedure plaats zal vinden, is afhankelijk van de vraag of binnen de BV baten en/of schulden bestaan. Ten aanzien van deze vraag onderscheid ik drie situaties: i. de situatie waarin binnen de BV ten tijde van ontbinding baten bestaan of baten en schulden, waarbij de schulden de baten niet overtreffen, ii. de situatie waarin binnen de BV ten tijde van ontbinding geen baten en schulden bestaan en iii. de situatie waarin binnen de BV ten tijde van ontbinding enkel schulden bestaan of baten en schulden, waarbij de schulden de baten overtreffen.

Ten aanzien van deze verschillende situaties kan een onderscheid worden gemaakt tussen de volgende mogelijke wijzen van ontbinding: de ontbinding met vereffening (paragraaf 4.4.1), de turboliquidatie (paragraaf 4.4.2) en de ontbinding die resulteert in een faillissement (paragraaf 4.4.3). Een vierde mogelijkheid is de ontbinding die tegenovergesteld is aan de laatstgenoemde ontbindingswijze: de ontbinding die het gevolg is van een faillissement (paragraaf 4.4.4).

Bovenstaande kan in het volgende schema worden samengevat:

Vindt na de ontbinding van een BV een vereffeningsprocedure plaats?		
Ten tijde van de ontbinding beschikt de BV over:		
Baten of baten en schulden, waarbij de schulden de baten niet overtreffen	Geen baten en geen schulden	Schulden of baten en schulden, waarbij de schulden de baten overtreffen
Na ontbinding vindt een vereffeningsprocedure plaats	De BV houdt direct na ontbinding op te bestaan (de turboliquidatie)	– De ontbinding resulteert in een faillissement – De ontbinding is het gevolg van een faillissement

4.4.1 De ontbinding met vereffening

Wanneer ten tijde van de ontbinding de BV ofwel over baten beschikt ofwel over baten en schulden beschikt, waarbij de schulden de baten niet overtreffen, zal na het ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW een vereffeningsprocedure plaatsvinden. De ontbinding van de BV betekent in een dergelijk geval niet het einde van de BV. Ingevolge artikel 2:19 lid 5 BW

blijft de BV na de ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. Pas op het moment waarop de vereffening eindigt, houdt de BV op te bestaan, aldus het zesde lid van artikel 2:19 BW. Zelfs daarna bestaat er een mogelijkheid dat de BV alsnog herleeft en wel op grond van artikel 2:23c lid 1 BW. De vereffeningsprocedure is vastgelegd in artikel 2:23 e.v. BW. Hierop wordt in paragraaf 4.5 uitgebreid ingegaan.

4.4.2 De ontbinding zonder vereffening

Wanneer de BV ten tijde van de ontbinding niet over baten en schulden beschikt, zal een ontbinding zonder vereffening – de turboliquidatie – plaatsvinden. Dit vloeit voort uit artikel 2:19 lid 4 BW. Dat er in geval van een turboliquidatie geen vereffeningsprocedure plaatsvindt, is ook voor de hand liggend, nu er ten tijde van de ontbinding geen baten (en schulden zoals ik in paragraaf 5.3 zal bepleiten) meer mogen bestaan. De vereffeningsprocedure is er immers juist op gericht om eventuele schuldeisers van de BV te voldoen uit de resterende baten en na deze voldoening hetgeen over is gebleven van het vermogen van de ontbonden BV over te dragen aan hen die krachtens de statuten daartoe zijn gerechtigd, of anders aan de aandeelhouders, aldus artikel 2:23b lid 1 BW. Dit ziet men ook terug in de parlementaire geschiedenis:

> *'Vereffening van het vermogen van de rechtspersoon houdt in dat de rechtspersoon uit de baten zijn schulden (zoveel mogelijk) moet betalen, en het restant van die baten, daartoe eventueel te gelde gemaakt, aan de rechthebbende op het saldo moet uitkeren.'*[41]

4.4.3 De ontbinding resulterend in een faillissement

Wanneer ten tijde van de ontbinding binnen de BV ofwel enkel schulden[42] bestaan ofwel baten en schulden bestaan, waarbij de schulden de baten overtreffen, zal de ontbinding resulteren in een faillissement. Faillietverklaring kan dan plaatsvinden bij aangifte daartoe door de vereffenaar. Dit is vastgelegd in artikel 2:23a lid 4 BW:

> *'Blijkt de vereffenaar dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, dan doet hij aangifte tot faillietverklaring, tenzij alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement.'*

41 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 20.

42 De rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage zijn een andere mening toegedaan. Een en ander zal aan de orde worden gesteld in paragraaf 5.3.

Indien de vereffenaar het voorschrift van artikel 2:23a lid 4 BW niet aanstonds naleeft, kan de faillietverklaring plaatsvinden op verzoek van iedere schuldeiser die niet is voldaan.[43] De vereffenaar loopt bovendien – in zeer uitzonderlijke gevallen – het risico dat hij hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld op grond van artikel 2:248 BW.[44] Zoals zal worden beschreven in paragraaf 8.6 kan een via turboliquidatie ontbonden BV namelijk op verzoek van een schuldeiser die stelt dat de BV nog baten heeft, door de rechter failliet worden verklaard.[45] Hierbij wordt mijns inziens afbreuk gedaan aan het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW, op grond waarvan slechts onder de daar genoemde omstandigheden heropening van de vereffening kan plaatsvinden.[46]

De vereffening na een faillietverklaring geschiedt door de curator overeenkomstig de Faillissementswet: artikel 2:23a lid 5 BW bepaalt dat de bepalingen van artikel 2:23a-23c BW niet van toepassing zijn op de vereffening in het faillissement. Bij het uitspreken van een faillissement wordt de BV geacht ter afwikkeling van het faillissement te blijven bestaan. Dit is ook overeenkomstig de gedachte van artikel 2:19 lid 5 BW, waarin is bepaald dat een rechtspersoon na ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van het vermogen nodig is.[47]

De weg van artikel 2:23a lid 4 BW zal echter slechts worden gevolgd wanneer er ten tijde van de ontbinding zowel baten als schulden bestaan. Wanneer ten tijde van ontbinding slechts schulden bestaan (en dus geen baten), hoeft volgens de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW geen vereffening plaats te vinden, als gevolg waarvan men niet in artikel 2:23a lid 4 BW geraakt. Wanneer een dergelijke situatie zich voordoet, is het verstandig dat het bestuur van de BV reeds zelf overgaat tot faillissementsaanvrage in plaats van de turboliquidatie van de BV te initiëren.[48] Wanneer het bestuur dit namelijk achterwege laat en – ondanks dat er schulden bestaan – besluit tot turboliquidatie, kan dit (hoewel turboliquidatie volgens de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW mogelijk is bij enkel het bestaan van schulden ten tijde van ontbinding) gevolgen hebben voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van ofwel de herleving van die BV ofwel alsnog de faillietverklaring van die BV.[49] Zoals later aan de orde zal komen, is mijn conclusie dat het raadzaam is om de turboliquidatie niet toe te passen wanneer er weliswaar geen sprake is van baten maar wel van

43 Rb. Rotterdam 19 juli 1994, *NJ* 1995, 363.
44 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 415.
45 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
46 Zie paragraaf 8.6.1 voor een verdere uitwerking hiervan.
47 Rb. Roermond 13 november 1991, *NJ* 1992, 453.
48 De rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage zijn een andere mening toegedaan. Een en ander zal aan de orde worden gesteld in paragraaf 5.3.
49 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, r.o. 4.8-4.11, m.nt. B.J. de Jong en Rb. Arnhem 18 april 2007, *JIN* 2007/320, r.o. 4.3. en noot 9, m.nt. Van den Berg.

schulden. Mijns inziens dient dan ook de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW op dit punt te worden aangepast, zodat duidelijk is dat een turboliquidatie niet kan plaatsvinden wanneer er nog schulden binnen de BV bestaan. Gedacht kan worden aan de volgende wettekst:

Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten alsmede geen schulden meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. (...).

Deze problematiek komt uitgebreider aan de orde in paragraaf 5.3.

4.4.4 Het faillissement resulterend in een ontbinding

Het geval waarin het faillissement resulteert in een ontbinding kan zich in twee mogelijke situaties voordoen: enerzijds kan de BV worden ontbonden door insolventie tijdens het faillissement op grond van artikel 173 Fw.[50] Anderzijds kan de BV worden ontbonden door opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel ex artikel 16 Fw.[51] Wanneer de BV wordt ontbonden als gevolg van het bereiken van de staat van insolventie, is de curator belast met de liquidatie/vereffening. Hierop zijn de bepalingen van de Faillissementswet van toepassing. Uit artikel 2:23a lid 5 BW volgt dat de bepalingen van artikel 2:23a-23c BW niet van toepassing zijn op de vereffening in faillissement. Artikel 2:19 lid 5 BW bepaalt dat de BV voort bestaat tot het tijdstip waarop de vereffening eindigt. Van deze beëindiging doet de curator opgave aan het handelsregister, aldus artikel 2:19 lid 5 BW.

Een BV wordt ingevolge artikel 16 Fw ontbonden door de opheffing van het faillissement indien er niet voldoende baten beschikbaar zijn voor voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Met de opheffing van het faillissement eindigt ook de functie van de curator. Na dat moment zijn er twee situaties denkbaar.

In de eerste plaats is het denkbaar dat de BV op het tijdstip van ontbinding geen baten meer had, zodat geen vereffeningsprocedure is gevolgd. In deze situatie zal de BV in beginsel ophouden te bestaan op het moment dat het faillissement wordt opgeheven (ex artikel 2:19 lid 4 BW).

In de tweede plaats is het denkbaar dat er gedurende de ontbinding van de BV wel vereffeningshandelingen zijn verricht. Ook in deze situatie zal de BV in beginsel ophouden te bestaan op het moment dat het faillissement wordt opgeheven, omdat de vereffening bij gebrek aan baten beëindigd is (ex artikel 2:19 lid 6 jo. 2:23b lid 9 BW). In de boven beschreven gevallen zeg ik dat de BV *in beginsel* ophoudt te bestaan. Immers, na opheffing van het faillissement kan alsnog het bestaan van een

50 Zie paragraaf 3.2 voor een algemene uitwerking van artikel 173 Fw.
51 Zie paragraaf 3.2 voor een algemene uitwerking van artikel 16 Fw.

bate blijken. In een dergelijk geval kan het faillissement niet worden heropend,[52] maar bestaat wel de mogelijkheid om de vereffening te heropenen op grond van artikel 2:23c BW. Wanneer de vereffening wordt heropend, herleeft de BV, zij het uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening.[53]

4.5 De onderscheidende factor: de (ontbrekende) vereffeningsprocedure

Wanneer een BV op 'reguliere' wijze wordt ontbonden, betekent de ontbinding van de BV niet het einde van de vennootschap. Immers, artikel 2:19 lid 5 BW bepaalt dat de BV na de ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. Het zesde lid van artikel 2:19 BW bepaalt vervolgens dat de BV in geval van vereffening ophoudt te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt. De vereffenaar of de faillissementscurator doet in een dergelijk geval opgaaf daarvan aan het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven. De gegevens die zijn opgenomen in het handelsregister ten aanzien van de BV dienen gedurende tien jaren na het tijdstip waarop de BV ophoudt te bestaan, te worden bewaard (artikel 2:19 lid 7 BW).

Gedurende de vereffeningsprocedure bestaat de BV slechts voort ter liquidatie. Maeijer is van mening dat rechtshandelingen die redelijkerwijs niet gericht zijn op liquidatie in strijd met het doel van de vennootschap zijn.[54] In dergelijke gevallen zou de regeling van artikel 2:7 BW volgens hem kunnen worden toegepast. Dit artikel bepaalt dat *'een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling vernietigbaar is, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond doen.'* De ontbonden rechtspersoon heeft dus de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen, mits de rechtshandeling niet dienstig is tot vereffening en de wederpartij dit wist of had behoren te weten.

De vereffeningsprocedure is er op gericht eventuele schuldeisers van de BV te voldoen uit de resterende baten en na deze voldoening hetgeen over is gebleven van het vermogen van de ontbonden BV over te dragen aan hen die krachtens de statuten daartoe zijn gerechtigd, of anders aan de aandeelhouders (artikel 2:23b lid 1 BW). Dit ziet men ook terug in de parlementaire geschiedenis:

52 Zie HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985, 69.
53 Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 166.
54 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 407.

> *'Vereffening van het vermogen van de rechtspersoon houdt in dat de rechtspersoon uit de baten zijn schulden (zoveel mogelijk) moet betalen, en het restant van die baten, daartoe eventueel te gelde gemaakt, aan de rechthebbende op het saldo moet uitkeren.'*[55]

De vereffeningsprocedure is gecodificeerd in de artikelen 2:23 e.v. BW, waarbij artikel 2:23 BW ziet op de benoeming van vereffenaar(s) (paragraaf 4.5.1), artikel 2:23a BW op de bevoegdheden en plichten van de vereffenaar(s) (paragraaf 4.5.2), artikel 2:23b BW op de taken van de vereffenaar(s) (paragraaf 4.5.3) en artikel 2:23c BW op de heropening van de vereffening.[56]

4.5.1 De benoeming van de vereffenaar(s)

Ten aanzien van vereffenaars kan men onderscheid maken tussen niet-gerechtelijke vereffenaars en gerechtelijke vereffenaars. In de regel worden de (voormalig) bestuurders de vereffenaars van het vermogen van een ontbonden BV. Uitzondering hierop vormt een afwijking in de statuten of een benoeming van andere vereffenaars door de rechter (artikel 2:23 lid 1 BW).[57] De statuten kunnen dus anderen dan de bestuurders als vereffenaars aanwijzen. Onder 'aanwijzing' mag in dit verband ook worden verstaan de statutaire regeling dat vereffenaars worden benoemd door een ander vennootschappelijk orgaan, zoals de raad van commissarissen of de algemene vergadering of door een derde. Indien het een ontbinding door een beschikking van de Kamer van Koophandel op grond van artikel 2:19a BW betreft, is het ook mogelijk dat de Kamer van Koophandel optreedt als vereffenaar, op basis van het zevende lid van voormeld artikel.

De niet-gerechtelijke vereffenaars kunnen dus de bestuurders van de BV zijn, degenen die krachtens de statuten zijn benoemd als vereffenaars en de Kamer van Koophandel. Gerechtelijke vereffenaars zijn de vereffenaars die door de rechter worden benoemd. Dit is het geval wanneer de rechtspersoon door de rechter wordt ontbonden (artikel 2:19 lid 1 sub f BW), wanneer vereffenaars ontbreken (artikel 2:23 lid 2 tweede zin BW), wanneer het een ontbinding ex artikel 2:19a BW betreft en de Kamer van Koophandel verzoekt tot benoeming van een andere vereffenaar (artikel 2:19a lid 7 BW) en wanneer sprake is van ontslag van een vereffenaar (artikel 2:23 lid 2 eerste zin BW). De gerechtelijke vereffenaars hebben een bijzondere, door de wet nader omlijnde positie, die in deze paragraaf zal worden besproken.

---

55 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 20.

56 Artikel 2:23c lid 1 BW wordt hier niet verder behandeld, aangezien paragraaf 8.1 e.v. in een uitgebreide uitwerking van dit artikel voorziet.

57 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.

De bepalingen van artikel 2:23 BW die van toepassing zijn op zowel de niet-gerechtelijke als de gerechtelijke vereffenaars zijn te vinden in het vierde en vijfde lid (jo. zesde lid). Ingevolge artikel 2:23 lid 4 BW doet iedere vereffenaar aan het handelsregister waar de BV is ingeschreven, opgaaf van zijn optreden als vereffenaar en van de gegevens over zichzelf die van een bestuurder worden verlangd. Het vijfde lid bepaalt dat *'de rechtbank een vereffenaar met ingang van een door haar bepaalde dag kan ontslaan, hetzij op diens verzoek, hetzij wegens gewichtige redenen op verzoek van een medevereffenaar, het openbaar ministerie of ambtshalve'*. Daaropvolgend bepaalt het zesde lid van artikel 2:23 BW dat de ontslagen vereffenaar rekening en verantwoording dient af te leggen aan degenen die de vereffening voortzetten (en wanneer de opvolger door de rechter is benoemd, aan de rechter).

Op de niet-gerechtelijke vereffenaars zijn de bepalingen omtrent benoeming, schorsing, het ontslag en het toezicht op bestuurders van toepassing, althans voor zover de statuten niet anders bepalen (artikel 2:23 lid 1 tweede zin BW).

Ten aanzien van de gerechtelijke vereffenaars geldt dat in geval van een rechterlijke ontbinding de rechter de vereffenaars benoemt en ontslaat, aldus artikel 2:23 lid 1 laatste zin jo. lid 5 BW. De enkele benoeming van een vereffenaar door de rechter doet de betreffende persoon niet vereffenaar zijn; hij of zij moet de benoeming aanvaarden. Het gevolg van een dergelijke benoeming (en aanvaarding) is dat de organen van de BV hun recht op benoeming, schorsing en ontslag verliezen; de bepalingen omtrent het toezicht op het bestuur zijn op de vereffenaars niet van toepassing.[58]

Daarnaast kan de rechter op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het OM één of meer vereffenaars benoemen wanneer vereffenaars ontbreken, aldus artikel 2:23 lid 2 tweede zin BW. Zulk een vereffenaar heeft dezelfde positie als de door de rechter benoemde vereffenaars in de gevallen waarin sprake is van een rechterlijke ontbinding.[59]

Artikel 2:23 lid 3 BW bepaalt dat *'een benoeming tot vereffenaar door de rechter in gaat daags nadat de griffier de benoeming aan de vereffenaar heeft meegedeeld; de griffier doet de mededeling terstond, indien de beslissing die de benoeming inhoudt, bij voorraad uitvoerbaar is en anders, zodra zij in kracht van gewijsde is gegaan'*.

In het oog dient te worden gehouden dat bij zowel de niet-gerechtelijke vereffening als de gerechtelijke vereffening de BV gedurende de vereffeningsprocedure voort blijft bestaan. In geval van de niet-gerechtelijke vereffening geldt dat de bevoegdheden van

58 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 408 & 410.
59 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 408 & 410.

de vennootschappelijke organen alsmede het bestaan van de BV beperkt zijn door de gerichtheid op de vereffening van de BV.

De vereffenaars hebben – net als de bestuurders – een zekere autonomie bij het verrichten van hun werkzaamheden gedurende de vereffening. Dit betekent dat de algemene vergadering geen instructies kan geven aan de vereffenaars betreffende de uitoefening van hun vereffeningsbevoegdheden en werkzaamheden. Wel kan het zo zijn dat in een statutaire bepaling is vastgelegd dat de vereffenaars tijdens de vereffeningsprocedure en bij de ontbinding de door de algemene vergadering vastgestelde richtlijnen in acht moeten nemen,[60] waarbij gedacht kan worden aan richtlijnen betreffende de wijze van verkoop van de activa.

Volgens Maeijer bestaat gedurende de vereffeningsprocedure geen plicht tot het opmaken en vaststellen van een jaarrekening. Wel bestaat er zijns inziens in geval van een langdurige vereffeningsprocedure een verplichting van de vereffenaars tot regelmatige (minstens één maal per jaar) verantwoording. Deze verantwoording zal volgens Maeijer door de niet-gerechtelijke vereffenaars dienen te worden afgelegd aan de algemene vergadering en – indien aanwezig – aan de raad van commissarissen.[61]

Zoals gezegd bestaat de BV ook bij de gerechtelijke vereffening voort gedurende de vereffeningsprocedure. De organen van de vennootschap leiden dan een sluimerend bestaan. Dit betekent dat geen van de organen enige bevoegdheid heeft ten aanzien van de vereffeningsprocedure. Het optreden van die organen kan desondanks in sommige gevallen vereist zijn.[62] Hierbij valt te denken aan het instellen van hoger beroep door de BV tegen een rechterlijke beschikking waarbij de ontbinding van de BV is uitgesproken,[63] maar ook aan een vordering tot schadevergoeding door de BV tegen de vereffenaar wegens onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 BW.[64] Net als het geval is ten aanzien van niet-gerechtelijke vereffenaars kunnen door de algemene vergadering geen aanwijzingen worden gegeven aan de gerechtelijke vereffenaars ten aanzien van de door hen te verrichten vereffeningswerkzaamheden.[65] Een verschil ten opzichte van de niet-gerechtelijke vereffenaars is dat de gerechtelijke vereffenaars niet onderworpen kunnen zijn aan statutaire bevoegdheidsbeperkingen.[66] Ten aanzien van de gerechtelijke vereffenaars bepaalt artikel 2:23a lid 3 BW dat zij bevelen en aanwijzingen van zowel de rechtbank als de rechter-commissaris dienen

60 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 565.
61 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 565.
62 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 407.
63 Hof Amsterdam 29 februari 1984, *NJ* 1984, 672.
64 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 412.
65 Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1977, *NJ* 1978, 440.
66 Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 165. Zie anders: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 412.

op te volgen. In geval van een langdurige vereffeningsprocedure zal ook door de gerechtelijke vereffenaars tussentijds verantwoording dienen te worden afgelegd en wel aan de rechtbank of de door de rechtbank in de vereffeningsprocedure benoemde rechter-commissaris.[67]

4.5.2 De bevoegdheden en plichten van de vereffenaar(s)

Artikel 2:23a BW heeft betrekking op de bevoegdheden en plichten van de vereffenaars en is grotendeels van toepassing op zowel de niet-gerechtelijke als de gerechtelijke vereffenaars. Uitzondering daarop vormt het derde lid dat enkel van toepassing is op gerechtelijke vereffenaars. Hierin is bepaald dat *'zowel de rechtbank als een door haar in de vereffening benoemde rechter-commissaris voor de vereffening nodige bevelen kan geven, al dan niet in de vorm van een bevelschrift in executoriale vorm. De vereffenaar is verplicht hun aanwijzingen op te volgen. Tegen de bevelen en aanwijzingen staan geen rechtsmiddelen open'.*

Alle vereffenaars hebben, tenzij de statuten anders bepalen, dezelfde bevoegdheden, plichten en risico's tot aansprakelijkheid als een bestuurder, voor zover deze verenigbaar zijn met hun taak als vereffenaars, aldus artikel 2:23a lid 1 BW. Daarbij geldt dat de bevoegdheden en plichten van de gerechtelijke vereffenaars niet statutair kunnen worden beperkt. De rechtshandelingen van de vereffenaars dienen op vereffening te zijn gericht, hetgeen ruim door de Hoge Raad wordt uitgelegd: zelfs indien het liquidatiesaldo van de ontbonden BV niet wordt vermeerderd als gevolg van een verrichte rechtshandeling, kan de betreffende rechtshandeling gericht zijn op vereffening.[68] Indien rechtshandelingen worden verricht die niet gericht zijn op vereffening, is artikel 2:7 BW van toepassing: er vindt dan overschrijding van het door het op vereffening gerichte doel van de na ontbinding voortbestaande BV plaats. Ook betekent dit dat elke vereffenaar een plicht heeft jegens de BV tot een behoorlijke vervulling van de op hem als vereffenaar rustende taak. Bij ernstige tekortkoming bij de vervulling van hun taak kunnen de vereffenaars hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:9 BW. In zeer uitzonderlijke gevallen kunnen de vereffenaars ook hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:248 BW, indien artikel 2:23a lid 4 BW van toepassing is.[69]

Bovendien zullen de vereffenaars zorgvuldig te werk dienen te gaan ten aanzien van de schuldeisers. Een tekortschieten van de vereffenaars in de behoorlijke behartiging van de belangen van de schuldeisers van de BV kan jegens hen als onrechtmatig worden betiteld.[70]

---

67 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 565.
68 HR 26 februari 1988, *NJ* 1988, 490.
69 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 412 & 420.
70 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 412.

Voor het geval er twee of meer vereffenaars zijn, bepaalt het tweede lid van artikel 2:23a BW dat ieder van hen alle werkzaamheden kan verrichten, tenzij anders is bepaald. Wanneer tussen de vereffenaars een verschil van mening ontstaat, beslist op verzoek van één van de vereffenaars de rechter die bij de vereffening is betrokken en anders de kantonrechter.

Het vierde lid van artikel 2:23a BW verplicht de vereffenaars tot faillissementsaangifte, tenzij alle bekende schuldeisers instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement:

> *'Blijkt de vereffenaar dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, dan doet hij aangifte tot faillietverklaring, tenzij alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement.'*

Voor het geval waarin de bekende schuldeisers instemmen met voorzetting van de vereffening buiten faillissement voorziet de wet niet in een afhandeling van de vereffening, waarbij sprake is van een boedeltekort.[71]

4.5.3 De taken van de vereffenaar(s)

De overige taken van zowel de niet-gerechtelijke als de gerechtelijke vereffenaars zijn vastgelegd in artikel 2:23b BW. Uiteraard dient de vereffenaar zijn werkzaamheden op vereffening te richten;

> *'De primaire taak van vereffenaars is zorg te dragen, dat voor zover het actief van de rechtspersoon dit toelaat, de schuldeisers van de rechtspersoon worden voldaan.'*[72]

Het eerste lid van artikel 2:23b BW voorziet in een regeling voor de situatie waarin de vereffening resulteert in een batig saldo.[73] In dergelijke situaties draagt de vereffenaar hetgeen na voldoening van de schuldeisers van het vermogen van de ontbonden BV is overgebleven – in verhouding tot ieders recht – over aan hen die krachtens de statuten daartoe gerechtigd zijn, of anders aan de aandeelhouders. Hieruit blijkt dat de aanspraken van schuldeisers niet verloren gaan door de ontbinding van de BV. Wanneer bij de vereffenaar gerede twijfel bestaat over het al dan niet bestaan van schuldeisers, zal de vereffenaar dienen na te gaan of alle schulden van de BV wel aan hem bekend zijn. Wanneer bepaalde vorderingen van schuldeisers hem ongegrond voorkomen, dient hij deze te betwisten.

---

71 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
72 Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 166a.
73 Van der Heijden/Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 394.

Wanneer een overschot wordt uitgekeerd als bedoeld in artikel 2:23b BW is dit een verkrijging onder bijzonder titel. Onder '*hen die krachtens de statuten daartoe zijn gerechtigd*' kunnen aandeelhouders (aan wie bij voorrang dient te worden uitgekeerd hetgeen zij verplicht gestort hebben op de nominale bedragen van hun aandelen) en bijvoorbeeld houders van winst- of participatiebewijzen vallen. Ook kan statutair zijn gekozen voor differentiatie in zeggensmacht en winstrechten door aanduiding van aandelen. Bovendien kan in de statuten rekening worden gehouden met de nog te verrichten betaling van eventueel achterstallig dividend, maar ook met de omstandigheid dat een gedeelte van de aandelen is volgestort.[74]

De statutaire regeling omtrent wie de rechthebbenden op het overschot ex artikel 2:23b BW zijn en hoever hun rechten zich uitstrekken, dient duidelijk te zijn. Dit mag dus niet afhankelijk zijn van de beslissing van een ander vennootschappelijk orgaan.[75]

Het zesde lid van artikel 2:23b BW bepaalt dat *'telkens wanneer de stand van het vermogen daartoe aanleiding geeft, de vereffenaar een uitkering bij voorbaat aan de gerechtigden kan doen'*. Met betrekking tot hetgeen na voldoening van de schuldeisers van het vermogen van de ontbonden BV is overgebleven geldt dat de omvang en samenstelling van dit overschot dient te blijken uit de door de vereffenaar op te stellen rekening en verantwoording. Wanneer er meerdere gerechtigden tot het overschot zijn, dient de vereffenaar daarnaast een plan van verdeling op te stellen, aldus artikel 2:23b lid 2 BW. Het derde lid van artikel 2:23b BW betreft een regeling voor het geval dat tot het overschot iets anders dan geld behoort. Het vierde, vijfde en zevende lid van artikel 2:23b BW geven een regeling omtrent de nederlegging, de mogelijkheid tot inzage en verzet van respectievelijk tegen de rekening en verantwoording en het plan van behandeling.

De vereffening eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn (artikel 2:23 lid 9 BW) en na verloop van één maand dient de vereffenaar rekening en verantwoording van zijn beheer aan de rechter te doen, indien deze bij de vereffening is betrokken (artikel 2:23 lid 10 BW).

4.6 Samenvatting en conclusie

Het doel van dit hoofdstuk is het verschaffen van inzicht in de procedure van de turboliquidatie van de BV. Het voornaamste verschil met de 'reguliere' wijze van ontbinding is dat er in geval van een turboliquidatie van een BV geen vereffeningsprocedure plaatsvindt. Of een vereffeningsprocedure na een ontbindingsbesluit dient

74 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 422.
75 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 422.

plaats te vinden, is afhankelijk van de vraag of er op dat moment binnen de BV baten en/of schulden bestaan. Ik heb in dit kader drie situaties onderscheiden:

i. Wanneer ten tijde van de ontbinding binnen de BV ofwel baten bestaan ofwel baten en schulden, waarbij de schulden de baten niet overtreffen, zal op het ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW een vereffeningsprocedure volgen. Pas op het moment dat de vereffeningsprocedure ex artikel 2:23 e.v. BW volledig is doorlopen en de vereffening is geëindigd, houdt de rechtspersoon op te bestaan, aldus artikel 2:19 lid 6 BW.
ii. Wanneer ten tijde van de ontbinding binnen de BV geen baten en schulden bestaan, zal een ontbinding zonder vereffening plaatsvinden overeenkomstig artikel 2:19 lid 4 BW, welke ontbindingswijze ook wel de turboliquidatie wordt genoemd.
iii. Wanneer ten tijde van de ontbinding binnen de BV ofwel enkel schulden bestaan ofwel baten en schulden bestaan, waarbij de schulden de baten overtreffen, zal de ontbinding resulteren in een faillissement. Faillietverklaring kan dan plaatsvinden ten gevolge van een aangifte daartoe van de vereffenaar en bij gebreke daarvan op verzoek van iedere schuldeiser die niet is voldaan. De vereffenaar zal in de regel echter overgaan tot faillissementsaanvrage wanneer dit nodig is, omdat hij anders het risico loopt hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld.

Hoofdstuk 5

DE TURBOLIQUIDATIE: EEN DRIELEDIG STAPPENPLAN

5.1 Inleiding

De turboliquidatie omvat allereerst veelal een ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering van de BV ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW. Een BV kan immers niet worden ontbonden zonder een voorafgaand besluit tot ontbinding, tenzij sprake is van een andere in artikel 2:19 lid 1 sub a BW genoemde ontbindingsgrond.[1] Nadat de algemene vergadering van een BV een ontbindingsbesluit heeft genomen, dient te worden voldaan aan – naar het volgens de letter van de wet lijkt – slechts één voorwaarde teneinde de BV te kunnen ontbinden zonder een daaropvolgende vereffeningsprocedure: het ontbreken van baten ten tijde van de ontbinding. De vraag rijst wat er precies onder baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW dient te worden verstaan (paragraaf 5.2). Nu de enige voorwaarde die lijkt te worden gesteld aan de turboliquidatie als ontbindingswijze van een BV het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding is, zou men kunnen stellen dat een BV met slechts schulden in aanmerking komt voor een ontbinding door middel van de turboliquidatie op grond van artikel 2:19 lid 4 BW. De rechtbank Rotterdam[2] en de rechtbank 's-Gravenhage[3] lijken deze opvatting te ondersteunen. Wanneer een BV met slechts schulden kan worden ontbonden door middel van een turboliquidatie, rijst een aantal vragen. Wordt de mogelijkheid tot BV-fraude op deze wijze niet vereenvoudigd? Worden schuldeisers hierdoor niet benadeeld? Strookt deze opvatting met de bedoeling van de wetgever? Op deze vragen en andere daarmee gepaard gaande kwesties wordt in paragraaf 5.3 ingegaan. Nadat een ontbindingbesluit is genomen en ten tijde van de ontbinding baten (noch schulden) bestaan, dient van de ontbinding (en het ontbreken van baten) opgaaf te worden gedaan aan de Kamer van Koophandel. Het bestuur is het orgaan dat deze opgaaf dient te doen en daarmee, althans zo moet worden aangenomen, ook het orgaan dat constateert of er ten tijde van ontbinding al dan niet baten (en schulden) bestaan (paragraaf 5.4).

---

1 Zie voor een uitwerking hiervan hoofdstuk 3.
2 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/95, m.nt. Beckers.
3 Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1967.

Men zou dus kunnen stellen dat teneinde een BV te kunnen ontbinden via een turboliquidatie na het door de algemene vergadering genomen ontbindingsbesluit een drieledig stappenplan doorlopen dient te worden: 1) het ontbreken van baten ten tijde van het nemen van het ontbindingsbesluit moet worden vastgesteld, 2) het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding moet worden vastgesteld en 3) de melding van het bestuur aan de Kamer van Koophandel dient plaats te vinden. Besteed ik thans aandacht aan deze stappen.

5.2 Het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding

Aan de turboliquidatie van de BV lijkt door de wetgever slechts één voorwaarde te worden gesteld: het ontbreken van baten ten tijde van de ontbinding. Nethe is van mening dat het begrip baten ruim dient te worden uitgelegd:

> *'Onder baten dienen niet slechts bestaande, maar ook potentiële activa te worden verstaan.'*[4]

Van den Ingh plaatst bij het begrip baten ex artikel 2:19 lid 4 BW een opmerking van tekstuele aard:

> *'De wet spreekt in deze bepaling over "baten". Baten zijn naar mijn idee opbrengsten (vgl. de staat van baten en lasten). De wetgever bedoelt ongetwijfeld: activa, dus vermogensbestanddelen.'*[5]

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat sprake is van een bate *'indien de rechtspersoon bijvoorbeeld nog een vordering heeft tegen bestuurders of commissarissen wegens wanbeleid.'*[6] Verder is er in de literatuur noch in de parlementaire geschiedenis veel geschreven over het begrip baten als bedoeld in artikel 2:19 lid 4 BW.

Wel wordt er aangaande het begrip baten veel geschreven in het kader van artikel 2:23c lid 1 BW, het wetsartikel betreffende de heropening van de vereffening. Aangezien dit artikel een soort van tegenhanger is van artikel 2:19 lid 4 BW, kan worden aangenomen dat onder baten als bedoeld in artikel 2:19 lid 4 BW hetzelfde wordt verstaan als onder baten als bedoeld in artikel 2:23c lid 1 BW. Volgens A-G Bakels dient aan '*het bestaan van een bate*' in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW een ruime uitleg gegeven te worden. Volgens hem moet aangenomen worden dat daarvan ook sprake is indien tijdens de afwikkeling van het faillissement de curator op de hoogte was van feiten en/of omstandigheden die mogelijk aanleiding gaven tot een vorderingsrecht, maar hij het op dat moment om praktische of andere redenen niet

4 Nethe 1995, p. 203.
5 Van den Ingh 1994, p. 811.
6 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvA), p. 11.

opportuun heeft geacht dienaangaande rechtsmaatregelen te treffen. Bovendien stelt Bakels dat het bij artikel 2:23c lid 1 BW gaat om een potentiële bate.[7] Aan het bestaan van een potentiële bate als grond voor herleving op grond van artikel 2:23c lid 1 BW mogen geen hoge eisen worden gesteld, aldus A-G Timmerman. Volgens Timmerman is het voldoende dat het bestaan van een vorderingsrecht wordt gepretendeerd in een rechtsgeding waarin nog geen definitieve uitspraak is gedaan.[8] De rechtbank Midden-Nederland is daarentegen van mening dat sprake dient te zijn van een reële bate. Bijvoorbeeld, wanneer de schuldeiser meent dat een vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW reden vormt voor heropening, stelt de rechtbank dat de vordering naar redelijke verwachting moet kunnen worden toegewezen en dat die toewijzing ook uitzicht moet bieden op daadwerkelijk verhaal bij de aansprakelijk gestelde bestuurder.[9]

Uit jurisprudentie en literatuur vloeit voort dat onder het begrip baten in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW wordt verstaan: een mogelijk positief nominaal aandelenkapitaal,[10] een latente belastingteruggave,[11] een bankgarantie,[12] een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW,[13] de vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling,[14] een vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW en[15] een mogelijke toewijzing van een veroordeling in de proceskosten.[16]

Een aantal van de hierboven vermelde baten zal in verdere hoofdstukken worden uitgewerkt vanwege de daaraan klevende bijzonderheden. Zo is de in de jurisprudentie ontwikkelde visie dat een mogelijk positief nominaal aandelenkapitaal alsook een belastinglatentie als bate een turboliquidatie kan bemoeilijken mijns inziens onjuist.[17]

---

7 Conclusie A-G Bakels bij HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 194, m.nt. Van Schilfgaarde.

8 Conclusie van A-G Timmerman bij HR 26 maart 2004, *JOR* 2004/127.

9 Rb. Midden-Nederland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479.

10 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, r.o. 6.5. In paragraaf 7.2 heb ik reeds betoogd dat deze zienswijze niet juist is.

11 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, r.o. 3, waarin appelanten zich op het standpunt stellen dat latente belastingteruggaven dienen te worden aangemerkt als baten. Het Hof 's-Gravenhage gaat niet verder in op dit standpunt. Zie ook Snijder-Kuiper, *Groene Serie Rechtspersonen* art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012, waarin wordt verwezen naar het hiervoor aangehaalde arrest alsmede naar HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/ Söderqvist q.q.*), waarin echter niets wordt overwogen noch gesteld met betrekking tot latente belastingteruggaven als baten. Een en ander wordt verder uitgewerkt in paragraaf 7.3.

12 Hof Amsterdam 19 maart 2013, zaaknummer 166884, HA ZA 03-1806.

13 Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120 en Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140. Zie ook Kroeze: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 383 & 403.

14 De Bruijn 2004, p. 217 en Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong (noot 3).

15 Van der Korst 2009, onder 7.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, *JBPR* 2014/32, m.nt. Malcontent & Wiersma.

17 Zie paragraaf 7.2 en 7.3.

5.3 Het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding

Wanneer een BV ten tijde van ontbinding slechts over schulden beschikt, kan de BV ingevolge de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW worden ontbonden door middel van een turboliquidatie. De enige voorwaarde die door de wetgever aan de turboliquidatie lijkt te worden gesteld, is immers het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding. Een in zwaar weer verkerende BV zal veelal weinig tot geen baten hebben, maar wel schulden. Wanneer een dergelijke BV na ontbinding in een vereffeningsprocedure geraakt, ontstaat een redelijke kans dat de ontbinding resulteert in het faillissement van de BV. De vereffenaar heeft op grond van artikel 2:23a lid 4 BW immers een verplichting tot het doen van aangifte tot faillietverklaring indien hem blijkt dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen. Artikel 2:23a lid 4 BW komt echter niet in beeld wanneer de BV wordt ontbonden met een turboliquidatie, omdat in dat geval niet wordt vereffend. Hieruit lijkt te volgen dat er voor een BV die ten tijde van ontbinding slechts schulden heeft, twee scenario's mogelijk zijn. De BV kan worden ontbonden met een turboliquidatie, omdat wordt voldaan aan de enige voorwaarde die door artikel 2:19 lid 4 BW wordt gesteld. In het tweede scenario wordt ofwel aangifte van het eigen faillissement gedaan, ofwel de BV op reguliere wijze ontbonden, waarna een vereffeningsprocedure volgt. De vereffenaar is dan verplicht aangifte tot faillietverklaring te doen op grond van artikel 2:23a lid 4 BW.[18]

In deze paragraaf wordt onderzocht of de hierboven geschetste keuzemogelijkheid van de algemene vergadering van een BV die slechts schulden heeft ten tijde van het ontbindingsbesluit daadwerkelijk bestaat. Anders geformuleerd: kan een BV met slechts schulden door middel van een turboliquidatie worden ontbonden? Alvorens een antwoord op deze vraag te formuleren, zal ingegaan worden op de ontwikkeling in de rechtspraak ten aanzien van dit vraagstuk (paragraaf 5.3.1), de positie van BV-fraudeurs (paragraaf 5.3.2), de positie van de schuldeisers (paragraaf 5.3.3) en de bedoeling van de wetgever (paragraaf 5.3.4). In paragraaf 5.3.5 wordt ingegaan op het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.

5.3.1 Rechtbank Rotterdam en rechtbank 's-Gravenhage: turboliquidatie in plaats van faillissementsaanvraag[19]

Enige tijd geleden deed de rechtbank Rotterdam een opzienbarende uitspraak.[20] Het betrof een BV waarvan de bestuurder aangifte tot eigen faillietverklaring had gedaan, omdat de BV niet langer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen.[21] Het faillissement van de BV werd door de rechtbank uitgesproken, waartegen de aangestelde

18 Zie ook Renssen 2014-3, p. 617-620.

19 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2014-3, p. 617-620 en Renssen 2015-1, p. 35-39.

20 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/195, m.nt. Beckers.

21 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/195, m.nt. Beckers.

curator verzet aantekende. De curator voerde in de verzetprocedure aan dat formeel was voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring, maar dat de BV met de aangifte misbruik van bevoegdheid had gemaakt. Het misbruik was volgens de curator gelegen in het feit dat er geen bekende baten bestonden en dat het faillissement daardoor zou leiden tot het verder toenemen van schulden van de BV. Daardoor zouden de faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) niet verhaalbaar zijn, hetgeen volgens de curator tot een onevenredige benadeling van hem zou leiden. De curator stelde zich daarbij op het standpunt dat de BV ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW ontbonden had dienen te worden zonder vereffening, oftewel dat er een turboliquidatie had moeten plaatsvinden. Er was namelijk geconstateerd dat de BV niet over enige bate beschikte en ook viel er geen bate meer te verwachten. De BV had slechts een schuld van ongeveer € 50.000,-; bezittingen, vorderingen op debiteuren, personeel en een eigen bedrijfsruimte ontbraken. Ook waren de activiteiten al geruime tijd voorafgaand aan het faillissement gestaakt.

De rechtbank stelde de curator in het gelijk en overwoog daartoe dat het faillissement dient te worden gezien als een liquidatieprocedure ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat daarom getoetst diende te worden of er baten aanwezig waren die onder de aanwezige crediteuren zouden kunnen worden verdeeld. Omdat niet was gebleken dat de BV over enige baten beschikte, had volgens de rechtbank een besluit tot turboliquidatie dienen te worden genomen. De rechtbank concludeerde vervolgens dat het doen van aangifte tot eigen faillissement in dergelijke situaties misbruik van bevoegdheid oplevert:

> *'Er is immers een onevenredigheid tussen het gestelde belang bij de eigen aangifte van [de BV] enerzijds, en het belang van een te benoemen curator anderzijds, om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement, waarbij op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van de curator zullen komen.'*

Daarbij merkte de rechtbank nog op dat de curator – gelet op de faillissementskosten die niet zouden kunnen worden voldaan uit de lege boedel – naar alle waarschijnlijkheid het faillissement zo snel mogelijk zou voordragen voor opheffing ex artikel 16 Fw.

De rechtbank Rotterdam is klaarblijkelijk van mening dat een BV die slechts schulden heeft, de in de paragraaf 5.3 geschetste keuzemogelijkheid niet heeft; de BV zal in een dergelijk geval ontbonden dienen te worden ex artikel 2:19 lid 4 BW. Het doen van aangifte tot eigen faillissement leidt tot misbruik van bevoegdheid, aldus de rechtbank. Of in een dergelijk geval daadwerkelijk sprake is van misbruik van bevoegdheid, valt mijns inziens nog te bezien.[22]

22 In paragraaf 5.3.5 wordt ingegaan op deze vraag naar misbruik van bevoegdheid.

De rechtbank Rotterdam heeft deze opvatting in diverse uitspraken herhaald,[23] waarop in paragraaf 5.3.5 verder zal worden ingegaan.

Recentelijk oordeelde de rechtbank 's-Gravenhage in een soortgelijke zaak eveneens dat sprake was van misbruik van bevoegdheid en dat in plaats van aangifte tot faillietverklaring een ontbinding, via de reguliere wijze of via de turboliquidatie had moeten worden toegepast. De rechtbank voegt hieraan toe dat het in dergelijke situaties aan de bestuurder/enig aandeelhouder is om aan te tonen dat de verzochte faillietverklaring dient te prevaleren boven de ontbinding van de BV door middel van een turboliquidatie:

> *'Voor de enig aandeelhouder/bestuurder van de vennootschap staat tegelijkertijd nog een mogelijkheid open om de vennootschap te liquideren. Hij kan de ontbinding van de vennootschap bewerkstelligen (artikel 2:19 lid 1, aanhef en onder a, BW). Uit het bepaalde van artikel 2:19 leden 4 en 5 volgt dat, indien er ten tijde van de ontbinding geen baten zijn (te verwachten), geen vereffening volgt en de vennootschap terstond ophoudt te bestaan ('turbo-liquidatie').*
>
> *Het vorenstaande maakt naar het oordeel van de rechtbank dat van de enig aandeelhouder/ bestuurder mag worden verwacht dat hij aannemelijk maakt dat – ondanks voornoemde mogelijkheid tot turbo-liquidatie – het belang bij het doen van de eigen aangifte dient te prevaleren boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. De enig aandeelhouder/bestuurder heeft dit echter niet aannemelijk gemaakt. Integendeel, hij heeft verklaard dat de aanvraag enkel is ingediend omdat de onderneming al sinds ongeveer 2008 of 2009 niet meer actief is en hij de zaken eindelijk afgewikkeld wil hebben. Hieruit leidt de rechtbank af dat zijn belang gelegen is in de wens te komen tot een snelle en gemakkelijke afwikkeling van de onderneming. Niet gesteld of gebleken is dat er beletselen zijn voor het realiseren van een turbo-liquidatie. Gelet op deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat hij naar redelijkheid niet had kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turbo-liquidatie en dat hij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid maakt. Het verzoek zal derhalve worden afgewezen.'*[24]

De reguliere ontbinding ingevolge artikel 2:19 lid 1 sub a BW leidt in beginsel echter opmerkelijk genoeg ook tot een faillissement en is daarmee slechts een schijnalternatief. Wanneer een BV wordt ontbonden zonder dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van artikel 2:19 lid 4 BW, blijft de BV namelijk na ontbinding voortbestaan en volgt een vereffeningsprocedure. De daarbij aangewezen/benoemde

23 Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2548, Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2522 en Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427.

24 Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1967.

vereffenaar moet ingevolge artikel 2:23a lid 4 BW aangifte tot faillietverklaring doen indien hem blijkt dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, hetgeen in de in deze paragraaf centraal staande situaties per definitie het geval zal zijn. Wanneer binnen een lege BV een besluit tot ontbinding wordt genomen in plaats van een besluit tot eigen aangifte tot faillietverklaring, zal ook het ontbindingsbesluit dus uiteindelijk resulteren in een faillissement. De rechtbank 's-Gravenhage heeft dit standpunt onlangs nog herhaald.[25]

Volgens de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage kunnen BV's met schulden dus via een turboliquidatie worden ontbonden, mits zij ten tijde van ontbinding niet over baten beschikken. Ook het hof 's-Gravenhage heeft onlangs geoordeeld dat een BV met slechts schulden ontbonden kan worden langs de weg van artikel 2:19 lid 4 BW:

> *'ongeacht de aanwezigheid van één of meer schulden brengt het enkele ontbreken van baten teweeg dat de rechtspersoon dadelijk ophoudt te bestaan, zodat vereffening achterwege blijft en aan een verzoek tot faillietverklaring niet kan worden toegekomen.'*[26]

De vraag naar mogelijk bevoegdheidsmisbruik van aangifte tot eigen faillissement in geval van een lege BV zal centraal staan in paragraaf 5.3.5. Allereerst wordt ingegaan op een andere prangende vraag die door de uitspraken rijst. Is het wenselijk om een BV met slechts schulden de mogelijkheid (of zelfs de plicht) tot turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW te bieden?

5.3.2 Een geschenk voor fraudeurs?[27]

Wanneer de heersende leer is dat een BV zonder baten maar met schulden mag, of zelfs moet, turboliquideren, heeft dit grote gevolgen voor twee groepen betrokkenen. Allereerst is het zeer aannemelijk dat BV-fraudeurs hiervan zullen profiteren. Indien zij alle baten uit een BV wegsluizen en een grote schuldenpost opbouwen, zal de BV niet langer in faillissement geraken, maar zal deze goedkoop en snel ontbonden kunnen worden ex artikel 2:19 lid 4 BW.[28] Dit heeft voor fraudeurs verschillende voordelen. Wanneer de BV met een turboliquidatie wordt ontbonden, houdt deze direct op te bestaan; er vindt geen vereffening met bijpassend onderzoek plaats. Hierdoor wordt geen inzicht verkregen in de administratie en financiën van de BV. Indien de BV daarentegen failliet wordt verklaard, ligt dit geheel anders. De

25 Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2015, *JOR* 2015/182, m.nt. School. Zie paragraaf 5.3.5 voor een uitwerking hiervan.

26 Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846.

27 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2014-3, p. 617-620.

28 Daarbij dient te worden opgemerkt dat een dergelijke turbogeliquideerde BV kan herleven op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, omdat het wegsluizen van baten veelal onrechtmatig zal zijn, hetgeen een bate oplevert in de zin van voormeld artikel. Zie ook paragraaf 9.4.

curator doet in faillissement onderzoek naar eventuele paulianeuze handelingen, die veelal ten grondslag liggen aan de weg naar de turboliquidatie.[29] Fraudeurs zullen het vermogen van de BV onbereikbaar maken voor (bepaalde) schuldeisers, bijvoorbeeld door middel van selectieve betalingen.[30] Bovendien gaat de curator na of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, waartoe een gerede kans bestaat in geval van een fraudeconstructie. Enerzijds kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, waarbij het niet voldoen aan de jaarrekeningenplicht en/of administratieplicht leidt tot de conclusie van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ook het verzuim tot tijdige aangifte van faillissement kan onbehoorlijk bestuur opleveren.[31] Anderzijds kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW wanneer in de fase voorafgaand aan het ontbindingsbesluit handelingen zijn verricht waardoor de belangen van de schuldeisers zijn verwaarloosd.[32] Ten slotte is denkbaar dat de curator, onder omstandigheden, bestuurders aanspreekt op grond van schadeveroorzakend tekortschietend bestuur op grond van artikel 2:9 BW. Mijns inziens worden fraudeurs – door de uitspraken van de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage – aangespoord baten uit BV's weg te sluizen, een hoge schuldenpost op te bouwen en de BV te turboliquideren. Hierdoor wordt het risico op bestuurdersaansprakelijkheid krachtig verminderd.[33]

5.3.3 Benadeling van schuldeisers[34]

Een andere groep belanghebbenden waar de uitspraken van de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage grote gevolgen voor hebben, zijn de schuldeisers van de BV. Indien fraudeurs toewerken naar een turboliquidatie door baten weg te sluizen en schulden op te bouwen, zijn schuldeisers daar de dupe van. Na de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW houdt de BV als gezegd op te bestaan, waardoor de vorderingen van de schuldeisers onbetaald blijven. De enige mogelijkheid die de schuldeisers rest, is een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW. Schuldeisers worden, zo is mijn overtuiging, hierdoor echter niet voldoende beschermd tegen frauduleuze constructies.

Allereerst dienen de schuldeisers – wanneer zij tot heropening van de vereffening verzoeken – aan te tonen dat zij een voldoende belang hebben bij heropening. De schuldeisers zullen dus dienen aan te tonen dat ofwel sprake is van een niet-vereffende bate ofwel van een liquidatiesaldo uitgekeerd aan een rechthebbende, welke

29 Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong, Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009, 50 (wenk) en Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244.

30 Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244, r.o. 2.10 en Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009/50 (wenk).

31 Rb. Arnhem 18 april 2007, *JIN* 2007/320, r.o. 4.3.

32 Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, r.o. 5.7.

33 Zie ook hoofdstuk 11.

34 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2014-3, p. 617-620.

uitkering zou kunnen worden teruggevorderd.[35] Hierbij doet zich de moeilijkheid voor dat de schuldeisers slechts beperkte mogelijkheden hebben om te onderzoeken of er een bate is. De laatste jaarrekening zou kunnen worden geanalyseerd. Echter, over het laatste verkorte boekjaar van een turbogeliquideerde BV, hoeft geen jaarrekening te worden opgemaakt. Bovendien kan de administratie van de BV niet worden geraadpleegd, omdat de schuldeisers niet behoren tot de kring van belanghebbenden aan wie deze raadplegingsbevoegdheid is toebedeeld ex artikel 2:24 lid 4 BW.[36]

Ten tweede wordt het waarborgen van de bescherming van de schuldeisers in vergaande mate belemmerd door het feit dat een turboliquidatie van een BV – behalve in het handelsregister – niet bekend wordt gemaakt, nu een vereffeningsprocedure ontbreekt. Op deze manier zullen schuldeisers niet of niet tijdig bekend raken met de turboliquidatie van de BV.

Ten derde kan gewezen worden op een merkwaardigheid wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft. Deze herleving wordt niet ingeschreven in het handelsregister.[37] Dit heeft tot gevolg dat degenen die de procedure tot heropening van de vereffening niet hebben gestart, in beginsel niet op de hoogte zijn van de herleving en daarmee ook niet van de mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken.[38]

Indien BV's met slechts schulden ontbonden kunnen – of moeten – worden langs de weg van een turboliquidatie ontstaat een bizarre situatie: fraudeurs wordt de mogelijkheid geboden bestuurdersaansprakelijkheid te ontwijken, terwijl schuldeisers worden beknot in hun verhaalsmogelijkheden. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest bij de invoering van de mogelijkheid tot turboliquidatie in ons wetsysteem.

5.3.4 De bedoeling van de wetgever: baten noch schulden

Uit de parlementaire geschiedenis volgt, als eerder beschreven,[39] dat de turboliquidatie werd ingevoerd voor situaties waarin vennootschappen ten tijde van ontbinding geen baten hebben. Over het bestaan van schulden ten tijde van ontbinding wordt niets gezegd. Uit zowel de parlementaire geschiedenis als de letterlijke wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW lijkt dus te volgen dat de turboliquidatie kan worden toegepast wanneer een BV schulden heeft (mits de BV ten tijde van ontbinding geen baten meer heeft). Gelet op de achterliggende gedachte van de minister bij de wetswijziging waarbij de mogelijkheid tot turboliquidatie werd ingevoerd, is het zeer onwaarschijnlijk dat deze situatie is doordacht. Misbruik van BV's wordt hiermee

35 Snijder-Kuiper, *Groene Serie Rechtspersonen* art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.
36 Vetter 2007, p. 41.
37 *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, nr. 7 (MvA), p. 20.
38 Zie ook paragraaf 6.4.
39 Zie paragraaf 4.2.

als het ware bevorderd, terwijl het doel van de minister bij de wetswijziging mede het voorkomen van misbruik van lege BV's was. Mijns inziens is de mogelijkheid tot turboliquidatie dan ook slechts bedoeld voor de situatie waarin een BV baten noch schulden heeft ten tijde van ontbinding. De wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW dient daarom te worden aangepast.[40]

Ook Kroeze is van mening dat BV's met schulden niet kunnen worden ontbonden door middel van een turboliquidatie. In dergelijke situaties dient ofwel een vereffening plaats te vinden, ofwel een faillissementsprocedure te worden gevolgd:

> *'Ook als een rechtspersoon geen baten meer heeft, kan vereffening van zijn vermogen aangewezen zijn. (...) Zo is bij de aanwezigheid van activa met een negatieve waarde*[41] *en van schulden vereffening, al dan niet in faillissement, geboden.'*[42]

Recentelijk deed zich een zaak voor bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant waarin sprake was van een turbogeliquideerde BV waarvan vaststond dat deze ten tijde van ontbinding nog schulden had. Met betrekking tot de vraag of een BV met schulden kan worden ontbonden door middel van een turboliquidatie oordeelde de rechtbank als volgt:

> *'Omdat toepassing van dit artikel in situaties waarin een vennootschap geen baten, maar alleen schulden heeft een gangbare praktijk is, ziet de rechtbank geen aanleiding ambtshalve, bij gebreke van debat tussen partijen, te onderzoeken of artikel 2:19 lid 4 BW, ondanks haar bewoordingen, aldus moet worden uitgelegd dat het alleen toepassing mag vinden indien een vennootschap geen baten en ook geen schulden heeft.'*[43]

5.3.5 *Misbruik van bevoegdheid*[44]

Zoals uiteengezet in paragraaf 5.3.1 zijn de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage van mening dat een BV die slechts schulden heeft, dient te worden ontbonden ex artikel 2:19 lid 4 BW. Het doen van aangifte tot eigen faillissement in dergelijke situaties leidt volgens de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage tot misbruik van bevoegdheid.[45] De rechtbank Rotterdam herhaalde zijn visie bij vonnis van 21 maart 2014.[46] Ook in deze zaak betrof het een bestuurder die aangifte tot eigen faillietverklaring had gedaan. Wederom beschikte de BV niet

40 Zie paragraaf 14.2.

41 Het is mij niet geheel duidelijk wat Kroeze bedoelt met *'activa met een negatieve waarde'*. Mijns inziens is dit een 'contradictio in terminis', net als het begrip 'negatief eigen vermogen' (Van Veen & Van der Zanden 2014, p. 30-31).

42 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 403.

43 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.

44 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-1, p. 35-39.

45 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/195, m.nt. Beckers.

46 Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2548.

over enige aantoonbare baten, als gevolg waarvan reeds op voorhand vaststond dat de faillissementskosten – en dus het salaris van de curator – niet zouden kunnen worden voldaan. De BV had – aldus de rechtbank Rotterdam – ofwel op de reguliere wijze ontbonden dienen te worden ex artikel 2:19 lid 1 BW (zijnde de ontbinding met een daaropvolgende vereffeningsprocedure) ofwel turbogeliquideerd dienen te worden ex het vierde lid van voormeld artikel. Het doen van aangifte tot eigen faillietverklaring levert in een dergelijke situatie misbruik van bevoegdheid op.

Ruim een week later deed zich opnieuw een vergelijkbare zaak voor bij de rechtbank Rotterdam.[47] Het betrof een BV die – ten tijde van de eigen aangifte tot faillietverklaring – niet over enig actief beschikte en bovendien verwachtte de bestuurder van de BV niet dat de BV in de toekomst nog over enig actief zou kunnen beschikken. Daarmee stond wederom vast dat de faillissementskosten – en het salaris van de curator – niet zouden kunnen worden voldaan. De rechtbank Rotterdam heeft in deze zaak een aanvullend vereiste voor faillietverklaring ontwikkeld en tevens invulling gegeven aan het leerstuk misbruik van bevoegdheid:

> *'De rechtbank verlangt van een verzoeker van een faillissement in situaties waarin niet de verwachting bestaat dat er enig actief vergaard zal worden dan wel zal vrijkomen om de faillissementskosten mee te kunnen voldoen, dat er daarnaast ook sprake is van een redelijk belang bij faillietverklaring. Bij deze vraag wordt het belang van de verzoeker afgewogen tegen het belang dat de curator heeft om de faillissementskosten voldaan te zien. Indien er een dergelijk zwaarwegend belang ontbreekt kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid op grond van artikel 3:13 BW, wat in dat geval leidt tot het afwijzen van het faillissementsverzoek.'*

Vanwege de onevenredigheid tussen enerzijds het belang van de bestuurder bij het uitspreken van het faillissement en anderzijds het belang van de curator verschoond te blijven van niet verhaalbare kosten en de belangen van de schuldeisers om hun vorderingen betaald te zien, wees de rechtbank ook hier de aangifte tot eigen faillietverklaring af.

Op 20 mei 2014 besliste de rechtbank Rotterdam voor de vierde keer tot misbruik van bevoegdheid.[48] Ook in deze zaak ging het om een bestuurder van een BV (die niet over baten beschikte) die aangifte deed tot eigen faillietverklaring. De rechtbank herhaalt in deze zaak eerst het door haar ontwikkelde aanvullende vereiste voor faillietverklaring zoals hierboven geciteerd. Juist omdat er geen baten meer bestonden en ook niet werden verwacht, stond op voorhand vast dat de faillissementskosten niet zouden kunnen worden voldaan. De curator zou dus onbetaald blijven, ook al zou deze werkzaamheden verrichten na het uitspreken van het faillissement van de BV. Volgens de rechtbank had de BV daarom ontbonden dienen te worden, ofwel

47 Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2522.
48 Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427.

via de reguliere weg (met een vereffeningsprocedure) ofwel via de weg van artikel 2:19 lid 4 BW (de turboliquidatie). Het doen van aangifte tot eigen faillietverklaring in een dergelijke situatie levert volgens de rechtbank misbruik van bevoegdheid op.

Ook de rechtbank 's-Gravenhage volgt deze lijn van de rechtbank Rotterdam.[49] Nadat een BV failliet werd verklaard op eigen aangifte, stelde de aangestelde curator verzet in. De BV had, op een banksaldo van € 340,62 na, geen bezittingen, maar wel veel verplichtingen. Gesteld noch gebleken was dat hier verandering in zou komen, nu sinds 2012 geen activiteiten meer werden ontplooid in de onderneming. De curator stelde daarnaast dat uit onderzoek geen aanwijzingen voor paulianeus handelen of van bestuurdersaansprakelijkheid naar voren waren gekomen. Bovendien was niet gebleken van een aanspraak op belastingteruggaven.

De rechtbank ging eerst in op de vraag naar de ontvankelijkheid van de curator in zijn verzet. Hierop zal hieronder nog worden ingegaan. Vervolgens overwoog de rechtbank dat bij de huidige stand van zaken er van uit diende te worden gegaan dat bij het uitspreken van het faillissement de situatie zou ontstaan dat de curator de nodige werkzaamheden zou moeten verrichten zonder dat daarvoor een vergoeding zou worden ontvangen. Volgens de rechtbank dienen aandeelhouders/bestuurders – wanneer zij in een dergelijke situatie aangifte tot faillietverklaring doen in plaats van de BV te turboliquideren – aannemelijk te maken dat het belang bij het doen van de eigen aangifte prevaleert boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. De rechtbank kwam wederom tot de conclusie dat de bestuurder van de BV naar redelijkheid niet had kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turboliquidatie en dat hij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid had gemaakt.

Uit de hierboven beschreven vonnissen van de rechtbank Rotterdam en 's-Gravenhage blijkt dat de rechtbank naast de wettelijke en in de jurisprudentie ontwikkelde maatstaven bij de beoordeling van een aangifte tot faillietverklaring ook rekening houdt met het belang van de curator, zijnde de vergoeding van de door hem te verrichten werkzaamheden en verschotten in geval van faillietverklaring. Wanneer een bestuurder van een BV aangifte doet tot eigen faillissement terwijl de BV ten tijde van faillietverklaring niet over enige (of te verwaarlozen) baten beschikt en bovendien geen toekomstige baten zijn te verwachten, levert deze handelwijze van het bestuur misbruik van bevoegdheid op. In dergelijke situaties dient volgens de rechtbank de BV te worden ontbonden.

De vraag die rijst, is of de handelwijze van de bestuurder van de 'lege' BV inderdaad misbruik van bevoegdheid oplevert. Ingevolge artikel 3:13 lid 2 BW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen a) met geen ander

49 Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2015, *JOR* 2015/182, m.nt. School.

doel dan een ander te schaden, b) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of c) in geval men – in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad – naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. In de onderhavige uitspraken concludeerden de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage tot misbruik van bevoegdheid van eigen aangifte tot faillietverklaring overeenkomstig de onder c) genoemde misbruikgrond. Het misbruik bestond in al deze zaken uit de onevenredigheid tussen enerzijds het belang bij (de eigen aangifte tot) het faillissement en anderzijds het belang van een te benoemen curator, om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement, waarbij op voorhand vaststaat dat zijn salaris in het geheel niet zal kunnen worden voldaan.

De Hoge Raad erkende reeds in 1974 dat sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid van aangifte tot eigen faillietverklaring indien er geen te executeren vermogen van de schuldenaar aanwezig of binnen afzienbare tijd te verwachten is.[50] De Hoge Raad nuanceert dit door te overwegen dat bij een aangifte tot eigen faillietverklaring – mits daaraan niet een opheffing van een faillissement voorafgegaan is (vgl. artikel 18 Fw) – de Faillissementswet ervan uitgaat dat het aan de curator is om een onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van vermogen van de schuldenaar en naar de verwachting dat binnen afzienbare tijd een dergelijk vermogen aanwezig zal zijn. Volgens de Hoge Raad zal een afwijzing van aangifte tot faillietverklaring op de grond dat sprake is van misbruik van bevoegdheid wegens een 'lege' boedel in beginsel slechts in een hoger beroepsprocedure mogelijk zijn, omdat een dergelijke conclusie slechts getrokken kan worden na een onderzoek dat dient te geschieden met een grondigheid waarvoor de summiere behandeling van een verzoek tot faillietverklaring doorgaans niet de gelegenheid biedt.[51]

In geval van een aangifte tot eigen faillietverklaring van een BV met een 'lege' boedel *kan* volgens de Hoge Raad dus sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, waartoe in beginsel slechts in een hoger beroepsprocedure kan worden geconcludeerd. Overeenkomstig deze zienswijze van de Hoge Raad had de rechtbank Rotterdam – behalve in de uitspraak gewezen op 20 maart 2014[52] – niet kunnen beslissen tot misbruik van bevoegdheid, aangezien het beoordelingen in eerste aanleg betrof. De uitspraak van de rechtbank Rotterdam d.d. 20 maart 2014 en de uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage werden gedaan in een verzetsprocedure, welke procedure kan worden aangemerkt als een procedure in tweede aanleg. Desondanks ben ik van mening dat ook in deze zaken niet had kunnen worden geconcludeerd tot misbruik van bevoegdheid, gelet op de strekking van een verzetsprocedure. Volgens de Hoge Raad is de strekking van de verzetsprocedure dat een geding op tegenspraak

50 HR 10 mei 1974, *NJ* 1975/267, m.nt. BW.
51 Polak & Pannevis 2014, p. 25 en HR 10 november 2000, *NJ* 2001, 249, m.nt. PvS.
52 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/195, m.nt. Beckers.

in dezelfde instantie kan worden voortgezet.[53] Gelet op deze strekking van de verzetsprocedure is in mijn ogen ook in een dergelijke procedure geen plaats voor de beantwoording van de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid in geval van eigen faillissementsaangifte door een BV die niet over baten beschikt.

Naast het feit dat de wet voor faillietverklaring niet vereist dat de schuldenaar over enige baten beschikt, vraag ik mij af of in een dergelijke situatie sprake is van misbruik van bevoegdheid wegens de onevenredigheid tussen de verschillende betrokken belangen. Wanneer in een dergelijke situatie ofwel eigen aangifte tot faillissement ofwel een verzoek tot faillietverklaring wordt gedaan, is het belang hiervan mijns inziens juist gelegen in het benoemen van een curator die de stand van de boedel nader onderzoekt, en ook de eventuele mogelijkheden tot vergroten van de omvang van de boedel inventariseert, bijvoorbeeld door het initiëren van bestuurdersaansprakelijkheidprocedures. Bovendien bestaat – wanneer een BV wordt ontbonden en blijkt dat de schulden de baten overtreffen – voor de vereffenaar juist een plicht tot het doen van faillissementsaangifte.

Zoals reeds aangestipt ging de rechtbank 's-Gravenhage in haar vonnis van 11 maart 2015 allereerst in op de vraag naar de ontvankelijkheid van de curator in zijn verzet op grond van artikel 10 Fw.[54] Ingevolge dit artikel staat de mogelijkheid tot het instellen van verzet open voor elke schuldeiser, met uitzondering van hem die de faillietverklaring heeft verzocht, en voor elke belanghebbende.Volgens de rechtbank rijst de vraag of het instellen van een verzet tegen een faillietverklaring vanwege een lege boedel niet op gespannen voet staat met het onzijdige karakter van de curator in een faillissement. Bovendien behoort het doen van verzet tegen faillissementen waarin evident sprake is van een negatieve boedel niet tot de in artikel 68 Fw omschreven taak van de curator, terwijl voor de curator evenmin beroep tegen zijn aanstelling is opengesteld.

Niettemin is de rechtbank van oordeel dat de curator, die ziet dat salariskosten onverhaalbaar zullen zijn, hem tot belanghebbende maakt als bedoeld in artikel 10 Fw.

Recentelijk is wat betreft de ontvankelijkheid van de curator door de rechtbank Overijssel een prejudiciële vraag voorgelegd aan de Hoge Raad.[55] Ook in deze zaak betrof het een BV waarvan de bestuurder aangifte had gedaan tot eigen faillietverklaring. Na de faillietverklaring stelde de aangestelde curator verzet in. De curator had namelijk geconstateerd dat er geen enkele bate was of viel te verwachten. Er waren geen inbare debiteuren, noch enig ander vermogensactief. Verder was er geen enkele aanwijzing dat mogelijk sprake zou zijn van een in de boedel vallende vordering. Volgens de curator was er dus geen belang bij het aanvragen van een faillissement, terwijl de curator wel een belang had verschoond te blijven van een

53 HR 5 juni 2015, *NJ* 2015, 320, m.nt. Verstijlen.
54 Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2015, *JOR* 2015/182, m.nt. School.
55 Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323.

faillissement, waarin op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van de curator zullen komen. Bovendien was te verwachten dat het faillissement wegens gebrek aan baten en oplopende faillissementskosten zo snel mogelijk voor opheffing op grond van artikel 16 Fw zou worden voorgedragen. Als gevolg hiervan zouden de schulden van de BV alleen maar toenemen. In een dergelijke situatie is volgens de curator sprake van misbruik van bevoegdheid.

De rechtbank overweegt dat zij zich allereerst gesteld ziet voor de vraag of de curator ontvankelijk is in het verzet en zij legt in dat kader de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor:

1. *'Kan de curator q.q. worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw?'*
2. *'Kan de curator q.q. gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol in verzet komen tegen een faillissementsvonnis waarbij hij constateert dat er geen actief is of geen actief valt te verwachten?'*

Mijns inziens dient de eerste vraag bevestigend te worden beantwoord. De curator kan in zijn hoedanigheid als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw worden aangemerkt, omdat het uitspreken van het faillissement van invloed is op de positie van de curator. Hierdoor zal hij immers werkzaamheden dienen te verrichten die hoogstwaarschijnlijk niet worden vergoed. De tweede vraag dient naar mijn mening daarentegen niet bevestigend te worden beantwoord. De primaire taak van de curator is de behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, niet het behartigen van zijn eigen belang. Hoewel het – zeker vanuit het oogpunt van de curator – van belang is dat aandacht wordt besteed aan de steeds verder toenemende lege-boedelproblematiek is het in mijn opvatting aan de wetgever om een oplossing te bewerkstelligen. De verzetsprocedure van artikel 10 Fw is niet de geëigende procedure hiervoor.

5.4 De melding aan de Kamer van Koophandel

Indien na het ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering van een BV ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW is gebleken dat baten noch schulden bestaan, dient het bestuur van de BV als derde stap ter voltooiing van de turboliquidatie hiervan melding te doen aan de Kamer van Koophandel. De Kamer van Koophandel heeft met betrekking hiertoe het volgende opgenomen in de Factsheet Ontbinding Rechtspersonen:[56]

56 Het online inschrijvingsformulier voor de ontbinding van een vennootschap, rechtspersoon of maatschap, nr. 17a, te raadplegen via <www.kvk.nl>.

> *'Als een rechtspersoon op het moment van ontbinding geen baten heeft (dus bijvoorbeeld ook geen onderneming), dan houdt hij op het moment van ontbinding op te bestaan. Een bestuurder van de rechtspersoon moet dan opgave doen aan het Handelsregister van de ontbinding en van het einde van de rechtspersoon. Als er nog een onderneming ingeschreven staat hoewel deze al eerder was opgeheven, moet de bestuurder alsnog opgave doen van deze opheffing. De bewaarder van boeken en bescheiden moet aan het Handelsregister worden opgegeven als de rechtspersoon is opgehouden te bestaan. Dit is degene die gedurende zeven jaar na het einde van de rechtspersoon de administratie van de rechtspersoon bewaart. U doet al deze opgaven op een formulier 17A. Het dossier bij de KvK wordt daarna afgesloten.'*

Het is dus aan het bestuur van een BV om melding te doen van het al dan niet bestaan van baten/schulden ten tijde van ontbinding, waarmee het bestuur het constateringsbevoegde orgaan is voor wat betreft de turboliquidatie als ontbindingswijze. Het aanwijzen van het bestuur als constateringsbevoegd orgaan roept een aantal vragen op. Levert dit niet geregeld strijd op met het vennootschappelijk belang?[57] Ontstaat hier geen scheve verhouding tussen het bestuur en de aandeelhouders?[58] Worden de schuldeisers wel daadwerkelijk voldoende beschermd? Deze vragen worden beantwoord in hoofdstuk 6.

Indien het bestuur van een BV ten tijde van de melding van ontbinding aangeeft dat er geen baten meer bestaan (hetgeen zou leiden tot een snelle en goedkope ontbinding door middel van de turboliquidatie), mag de Kamer van Koophandel mijns inziens – gelet op haar niet langer lijdelijke rol – niet zomaar overgaan tot inschrijving van de ontbinding. Wanneer er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van de in te schrijven turboliquidatie, is de Kamer van Koophandel bevoegd deze inschrijving te weigeren en om bewijsstukken te vragen, welke opvatting wordt gedeeld door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.[59] A-G Timmerman lijkt een andere mening te zijn toegedaan.[60] Volgens hem is het aan de civiele rechter om te beoordelen of een opgaaf tot ontbinding juist is gedaan. Slechts indien een reden bestaat te twijfelen aan de bevoegdheid van degene die de opgaaf

57 Wanneer het vennootschappelijk belang namelijk als resultante wordt benaderd, omvat dit alle in aanmerking komende deelbelangen, waaronder het belang van de aandeelhouders en het belang van bijvoorbeeld de werknemers, zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394, Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 231, Van der Heijden/ Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 231 en Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 27-28.

58 Voor NV's is in artikel 2:107a BW vastgelegd dat aan besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap de goedkeuring van de AV vooraf dient te gaan. Er is echter genoeg voor te zeggen dat voorgaande analoog geldt voor BV's, zie Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen,* art. 2:107a BW, aant. 5, Deventer: Kluwer 2010.

59 CBB 21 december 2012, *RO* 2013/31.

60 Conclusie A-G Timmerman bij HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.

heeft gedaan, zou niet tot inschrijving van de ontbinding dienen te worden overgegaan. Mijns inziens strookt deze opvatting niet met de niet langer lijdelijke rol van de Kamer van Koophandel en dient de Kamer de inschrijving van de ontbinding ook te weigeren wanneer twijfel bestaat over het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding.

Wanneer het bestuur melding doet van het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding aan de Kamer van Koophandel en de BV vervolgens wordt ontbonden door middel van een turboliquidatie, is de inschrijving van ontbinding ex artikel 2:19 lid 4 BW niet van doorslaggevende betekenis voor de vraag of er daadwerkelijk geen baten meer waren ten tijde van ontbinding. De werkelijke toestand van de turbogeliquideerde BV is dan beslissend.[61]

5.5 Samenvatting en conclusie

Teneinde een BV te kunnen ontbinden door middel van een turboliquidatie dient – naast het nemen van het ontbindingsbesluit door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW – een drieledig stappenplan doorlopen te worden.

Allereerst dient te blijken dat geen baten bestaan ten tijde van ontbinding. Het begrip baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW wordt ruim uitgelegd.

Ten tweede dient mijns inziens te blijken dat ten tijde van ontbinding tevens geen schulden bestaan. Wanneer een BV met schulden kan worden ontbonden via een turboliquidatie, maakt dit de weg naar BV-fraude eenvoudig begaanbaar en worden de schuldeisers van de BV benadeeld. Bovendien lijkt dit niet de bedoeling van de wetgever te zijn (geweest).

Tot slot dient het bestuur de ontbinding en het ontbreken van baten (en schulden) ten tijde van de ontbinding te melden aan de Kamer van Koophandel.

61 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217 m.nt. Nethe, r.o. 6.5 en Van der Korst 2013.

Hoofdstuk 6

HET BEVOEGDE ORGAAN INZAKE DE CONSTATERING DIE DE TURBOLIQUIDATIE TOT GEVOLG HEEFT[1]

6.1 Inleiding

Bij ontbinding van BV's kunnen drie actoren in beeld komen: de algemene vergadering, de Kamer van Koophandel en de rechter.

In geval van een turboliquidatie als ontbindingsvorm van de BV, dient niet alleen een ontbindingsbesluit te worden genomen, maar dient ook geconstateerd te worden dat de BV op het tijdstip van ontbinding geen baten en mijns inziens ook geen schulden meer heeft. In de tweede volzin van artikel 2:19 lid 4 BW valt te lezen dat indien de BV op het tijdstip van ontbinding geen baten meer heeft, het bestuur daarvan opgaaf doet aan het handelsregister waar de BV is ingeschreven. In de wet ontbreekt een expliciete bevoegdheidsgrondslag voor de constatering dat de BV geen baten meer heeft ten tijde van ontbinding. Immers, het bestuur wordt wel aangewezen als het orgaan dat opgaaf doet van een dergelijk besluit, maar niet als het 'beslissingsbevoegde' (of beter gezegd: het 'constateringsbevoegde')[2] orgaan. De vraag naar het constateringsbevoegde orgaan en de bevoegdheidsgrondslag kan vanuit twee perspectieven worden benaderd.

Allereerst kan ik me voorstellen dat men betoogt dat uit de tweede volzin van artikel 2:19 lid 4 BW impliciet volgt dat het bestuur het constateringsbevoegde orgaan is en dat onderhavig artikel dus ook de bevoegdheidsgrondslag is. Daar tegenover kan worden gesteld dat artikel 2:19 lid 1 sub a BW de algemene vergadering dwingend de bevoegdheid verleent het ontbindingsbesluit te nemen. Hieruit zou impliciet kunnen volgen dat de algemene vergadering ook het orgaan dient te zijn dat de daaropvolgende constatering – de constatering omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding – doet. Hiervoor kan worden aangevoerd hetgeen is bepaald en geschreven in respectievelijk over artikel 2:107a lid 1 BW:

---

1 Hoofdstuk 6 is een uitwerking van Renssen 2013-1, p. 90 en Renssen 2013-2.

2 Het onderscheid tussen 'beslissingsbevoegd' en 'besluit' enerzijds en 'constateringsbevoegd' en 'constatering' anderzijds is hier van groot belang, nu een besluit op grond van artikel 2:14 respectievelijk artikel 2:15 BW nietig kan worden bevonden respectievelijk worden vernietigd, terwijl dat bij een constatering niet mogelijk is.

> *'Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming.'*

Hoewel dit artikel geschreven is voor de NV en een soortgelijk artikel voor de BV ontbreekt, wordt algemeen aangenomen dat artikel 2:107a BW analoog van toepassing is op de BV.[3] Hoewel het gaat om een constatering en niet om een besluit, is artikel 2:107a BW mijns inziens ook op deze situatie van toepassing, nu aan de constatering omtrent het al dan niet bestaan van baten een rechtsgevolg is gekoppeld: de ontbinding zonder vereffening.

Daarnaast kan de opvatting dat het aan de algemene vergadering is om de constatering omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van de ontbinding te doen, worden aangenomen op grond van het bepaalde in artikel 2:217 lid 1 BW:

> *'Aan de algemene vergadering behoort, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.'*

Zoals gezegd, bestaat geen wettelijke bevoegdheidsgrondslag inzake de constatering van het bestuur omtrent het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding van een BV. Dit zou – aldus artikel 2:217 lid 1 BW – meebrengen dat deze bevoegdheid toekomt aan de algemene vergadering.

Hierna zal allereerst de vraag naar het constateringsbevoegde orgaan en de bevoegdheidsgrondslag worden beantwoord met behulp van een jurisprudentieonderzoek (paragraaf 6.2). Het antwoord op de vraag naar het constateringsbevoegde orgaan en de juridische juistheid daarvan is echter geen eenvoudige. Dit heeft te maken met het feit dat het antwoord op deze vraag in feite ziet op de verhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering, welk onderwerp zeer interessante deelonderwerpen bevat. Teneinde inzicht te verkrijgen in het antwoord op de vraag of het in de jurisprudentie ontwikkelde standpunt betreffende het constateringsbevoegde orgaan een juist en juridisch verantwoord standpunt is, wordt vervolgens in paragraaf 6.3 ingegaan op de verhouding tussen het bestuur en de aandeelhouders. In paragraaf 6.4 zal de bescherming van de schuldeisers aan bod komen. Daarna wordt ingegaan op de rol van de Kamer van Koophandel en daarmee ook het handelsregister (paragraaf 6.5). In paragraaf 6.6 wordt ten slotte een aantal aanbevelingen gedaan.

3 Zie o.a. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 325 en Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen,* art. 2:107a BW, aant. 5, Deventer: Kluwer 2010.

6.2 Grondslag van de bevoegdheid

Zoals beschreven is de algemene vergadering ingevolge artikel 2:19 lid 1 sub a BW het orgaan dat beslist tot ontbinding van een BV. Wanneer de algemene vergadering het besluit tot ontbinding heeft genomen, dient een constatering te worden gedaan omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding. Uit artikel 2:19 lid 4 BW blijkt niet – in ieder geval niet expliciet – welk orgaan constateringsbevoegd is. Het antwoord op de vraag naar de constateringsbevoegdheid dient daarom te worden gezocht in de jurisprudentie en literatuur.

Reeds in 1995 gaf de Hoge Raad antwoord op de vraag naar de constateringsbevoegdheid, hoewel het in die zaak een andere rechtsvraag betrof.[4] Het betrof een BV waarvan na een turboliquidatie alsnog het faillissement werd aangevraagd. De vraag rees of de rechter in geval van een dergelijke faillissementsaanvraag het oordeel omtrent het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding mocht toetsen of dat voor een dergelijke rechterlijke toetsing heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW vereist was. De Hoge Raad overwoog als volgt:

> *'Het oordeel van het bestuur (...) van een ontbonden rechtspersoon dat geen baten meer aanwezig zijn en dat de rechtspersoon derhalve ingevolge het bepaalde in artikel 2:19 lid 4 (...) is opgehouden te bestaan, is vatbaar voor toetsing door de rechter indien een schuldeiser, stellende dat de rechtspersoon nog baten heeft, diens faillissement aanvraagt.'*[5]

Volgens de Hoge Raad is het bestuur dus het orgaan dat constateringsbevoegd is inzake de vraag naar het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding van een BV. Volgens het kantongerecht te Terneuzen is het oordeel van het bestuur, ook zonder dat hierover verantwoording wordt afgelegd, bijvoorbeeld tegenover de aandeelhoudersvergadering of schuldeisers, voldoende teneinde over te kunnen gaan tot turboliquidatie:

> *'Bij een turboliquidatie is het oordeel van het bestuur dat er geen baten zijn voldoende. Het bestuur hoeft hierover geen verantwoording af te leggen. Een schuldeiser heeft bij het ten onrechte achterwege blijven van de vereffening een aantal middelen tot zijn beschikking.'*[6]

Concreet betekent dit dat er geen plicht voor het bestuur van een BV bestaat om met schuldeisers overleg te plegen, dan wel anderszins mededeling te doen van de voorgenomen ontbinding zonder vereffening, als gevolg waarvan de BV als het ware direct

4 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
5 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer, r.o. 4.3. (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
6 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).

verdwijnt. De enkele grond dat geen vereffening plaatsvindt en over de ontbinding geen mededeling wordt gedaan dan wel met schuldeisers overleg is gepleegd, is geen grond voor het aannemen van onrechtmatig handelen door de bestuurders van de BV, aldus de rechtbank Rotterdam.[7] Verondersteld wordt dat de schuldeisers al voldoende beschermd worden doordat zij, indien de vereffening ten onrechte achterwege is gebleven, een aantal middelen ter beschikking hebben.[8] De vraag is echter of de bescherming van de schuldeisers inderdaad aldus voldoende wordt gewaarborgd. Op deze vraag zal ik in paragraaf 6.4 nader ingaan.

Overigens kan het feit dat ten aanzien van de ontbinding door het bestuur aan schuldeisers geen mededeling is gedaan, wel een rol spelen wanneer de turbogeliquideerde BV later alsnog failliet wordt verklaard. De rechtbank Arnhem heeft beslist dat het nalaten van het doen van een dergelijke mededeling aan schuldeisers leidt tot het bestaan van een voldoende belang bij aanstelling van een curator (met andere woorden: een voldoende belang bij het uitspreken van een faillissement) teneinde onderzoek te doen naar de (eventuele) baten van de ontbonden BV.[9] Met het oog op het voorkomen van het alsnog uitspreken van een faillissement, is het een bestuurder die voornemens is te besluiten tot turboliquidatie van een BV – ondanks dat hier geen verplichting toe bestaat – dus aan te raden om hiervan mededeling te doen aan de schuldeisers.

Ook in de literatuur wordt aangenomen dat het bestuur het orgaan is dat ten tijde van ontbinding de constatering doet omtrent het al dan niet bestaan van baten binnen de BV.[10] Bovendien blijkt uit het online-ontbindingsformulier van de Kamer van Koophandel (dat door het bestuur van de BV dient te worden ingediend bij het handelsregister) dat het bestuur de constatering doet voor wat betreft het al dan niet bestaan van baten. Eén van de vragen gesteld op het formulier luidt namelijk als volgt:

> *'3. Vereffening*
>
> *3.1 Heeft de rechtspersoon op het moment van ontbinding baten?'*[11]

Verbazingwekkend is dat een en ander bij niemand vragen oproept. Mijns inziens kan hier namelijk een aantal kanttekeningen bij worden geplaatst. Levert het feit dat het bestuur het constateringsbevoegde orgaan is inzake het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding niet geregeld strijd op met het vennootschappelijk

7 Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, r.o. 5.7.
8 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).
9 Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274.
10 Zie o.a. Smid 2002, p. 8-9 en Van der Korst 2009, onder 1.
11 Het online inschrijvingsformulier voor de ontbinding van een vennootschap, rechtspersoon of maatschap, nr. 17a, te raadplegen via <www.kvk.nl>.

belang?[12] Ontstaat hier geen scheve verhouding tussen het bestuur en de aandeelhouders?[13] Worden de schuldeisers wel daadwerkelijk voldoende beschermd?

6.3 De verhouding tussen aandeelhouders en bestuur

De BV heeft in beginsel een dualistische structuur, hetgeen betekent dat er in ieder geval twee vennootschapsorganen bestaan: het bestuur en de algemene vergadering.[14] Het bestuur heeft de leiding over de BV en vertegenwoordigt als regel de BV.[15] Artikel 2:239 lid 1 BW codificeert de belangrijkste bevoegdheid van het bestuur:

> *'Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap.'*

Bij de vervulling van deze bestuurstaak dienen de bestuurders zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, aldus artikel 2:239 lid 5 BW. Wat onder het *'belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'* dient te worden verstaan, is een omstreden vraag. In paragraaf 6.3.3 tracht ik op deze vraag een antwoord te formuleren.

De algemene vergadering is het orgaan waarin de aandeelhouders (de kapitaalverschaffers) zijn vertegenwoordigd. Aan de algemene vergadering komen eigen, door wet en statuten bepaalde, bevoegdheden toe.[16] Deze wettelijke en statutaire bevoegdheidsverdeling tussen de organen bepaalt in sterkte mate de verhouding tussen het bestuur en de aandeelhouders. In de volgende subparagraaf zal deze verdeling aan bod komen (paragraaf 6.3.1). De verhouding tussen de aandeelhouders en het bestuur wordt – afgezien van de wettelijke en statutaire bevoegdheidsverdeling en de benadering van het vennootschappelijk belang – door een aantal andere factoren ingekleurd, waaronder: de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid (paragraaf 6.3.2), het strikte onderscheid tussen 'ownership and control' en de daarmee samenhangende 'principal agent theory' (paragraaf 6.3.4).

---

12 Wanneer het vennootschappelijk belang namelijk als resultante wordt benaderd, omvat dit alle in aanmerking komende deelbelangen, waaronder het belang van de aandeelhouders en het belang van bijvoorbeeld de werknemers, zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394, Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 231, Van der Heijden/ Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 231en Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 27-28.

13 Voor NV's is in artikel 2:107a BW vastgelegd dat aan besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap de goedkeuring van de AV vooraf dient te gaan. Er is echter genoeg voor te zeggen dat voorgaande analoog geldt voor BV's, zie Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen,* art. 2:107a BW, aant. 5, Deventer: Kluwer 2010.

14 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 253.

15 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 189.

16 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 213 & 214.

6.3.1 De wettelijke bevoegdheidsverdeling

De belangrijkste bevoegdheid van het bestuur is gecodificeerd in artikel 2:239 lid 1 jo. lid 5 BW: het besturen van de BV, waarbij het richtsnoer het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming is. Deze bestuurstaak dient ruim te worden opgevat: naast de dagelijkse leiding over de BV omvat deze ook beleidsvoorbereiding, beleidsbepaling en beleidsuitvoering.[17] Uit jurisprudentie volgt dat het bestuur autonoom is in de uitoefening van de hem toekomende bestuurstaak en de daaruit voortvloeiende bevoegdheden.[18] Bovendien is de heersende leer dat het bepalen van de strategie van een vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur, waarop de (eventueel ingestelde) raad van commissarissen toezicht houdt en waarbij geldt dat de algemene vergadering haar opvattingen ter zake kenbaar kan maken door middel van de uitoefening van de aan haar toegekende wettelijke en statutaire bevoegdheden.[19]

Het bestuur is naast het verrichten van bestuurshandelingen die zijn gericht op de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel ook bevoegd tot het verrichten van secundaire bestuurshandelingen, waaronder wordt verstaan:

> *'handelingen die naar gebruik en redelijkheid en billijkheid uit het statutaire doel voortvloeien en daarmee samenhangen, ook al zijn zij niet uitdrukkelijk in de statutaire doelomschrijving vermeld.'*[20]

Voorbeelden van dergelijke secundaire handelingen zijn het aangaan van borgtochten en het afsluiten van leningen.

Naast de hier besproken bestuursbevoegdheden wordt aanvullend rechtelijk nog een aantal bevoegdheden aan het bestuur toegekend. Met het oog op de afbakening van onderhavig onderzoek blijven deze bevoegdheden verder buiten beschouwing.[21]

Aan de algemene vergadering komt ook een aantal wettelijke en statutaire bevoegdheden toe. In dit verband kan allereerst gewezen worden op de vier dwingendrechtelijke kernbevoegdheden: de benoeming en het ontslag van het bestuur (artikel 2:242 jo. 2:244 BW),[22] de statutenwijziging (artikel 2:231 BW), de vaststelling van de jaarrekening (artikel 2:210 lid 3 en 4 BW) en het besluit tot ontbinding van de vennootschap (artikel 2:19 lid 1 sub a BW).

---

17 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 390.

18 HR 21 januari 1959, *NJ* 1959, 43 m.nt. HB (*Forumbank*).

19 Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (*Stork*) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*).

20 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 391.

21 Zie voor een volledig overzicht Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 392.

22 Tenzij het een structuur-BV betreft: artikel 2:263 BW.

Naast deze dwingendrechtelijke kernbevoegdheden wijzen sommige rechtsgeleerden nog op een tweetal andere dwingendrechtelijke kernbevoegdheden: het recht op inlichtingen van het bestuur en de raad van commissarissen (artikel 2:217 lid 2 BW) en de bevoegdheid tot goedkeuring van ingrijpende bestuursbesluiten (artikel 2:107a BW).[23]

Tevens komt aan de algemene vergadering een aantal aanvullend rechtelijke bevoegdheden toe: de emissie van aandelen (artikel 2:206 BW), het besluit tot kapitaalvermindering (artikel 2:208 BW), het besluit tot verlenging van de termijn van vijf maanden waarbinnen het bestuur de jaarrekening dient op te maken en ter inzage dient te leggen (artikel 2:210 BW), de opheffing van de schorsing van een bestuurder (artikel 2:257 lid 2 BW) en de opdrachtverlening tot onderzoek van de jaarrekening en de intrekking van die opdracht (artikel 2:393 lid 2 BW).

Ten slotte komen aan de algemene vergadering nog twee belangrijke bevoegdheden toe: de restbevoegdheid (artikel 2:217 BW)[24] en de instructiebevoegdheid (artikel 2:239 lid 4 BW). Ingevolge de restbevoegdheid ex artikel 2:217 BW komen aan de algemene vergadering alle bevoegdheden toe die niet aan het bestuur of aan anderen zijn toegekend, althans binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen. Ingevolge de instructiebevoegdheid ex artikel 2:239 lid 4 BW is het bestuur, wanneer zulks in de statuten is neergelegd, gehouden de aanwijzingen van de algemene vergadering op te volgen, mits deze aanwijzingen niet in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

6.3.2 De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid

De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid is gecodificeerd in artikel 2:8 BW. Het eerste lid van voormeld artikel betreft de aanvullende werking van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid:

> *'Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'*

Wanneer het gedrag van de vennootschapsorganen wordt getoetst aan het eerste lid van artikel 2:8 BW dient een belangenafweging plaats te vinden. Daarbij dient rekening te worden gehouden met hetgeen de betrokkenen bij de betreffende gedraging voor ogen heeft gestaan. Het formaat van de vennootschap is een factor die meeweegt bij deze belangenafweging.[25]

---

23 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 391.
24 Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 43.8.
25 Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 46.

Het tweede lid van artikel 2:8 BW betreft de derogerende werking (ook wel aangeduid als de beperkende of corrigerende werking) van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid:

> *'Een tussen hen*[26] *krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'*

Bij toetsing van gedragingen van de vennootschapsorganen aan het tweede lid van artikel 2:8 BW dient de rechter een grote mate van terughoudendheid te betrachten.[27]

Naast de aanvullende en derogerende werking, komt aan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid nog een aantal andere effecten toe: de interpreterende werking, de gedragsregulerende werking en de stuwende werking. Terwijl de interpreterende, aanvullende en derogerende werking van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zijn afgeleid van het algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht, zijn de gedragsregulerende en stuwende werking puur vennootschapsrechtelijk geaard. Onder de gedragsregulerende werking wordt verstaan dat de actoren binnen het vennootschapsrecht een aanzienlijke mate van handelingsvrijheid genieten, die wordt begrensd door de redelijkheid en billijkheid. Onder de stuwende werking wordt verstaan dat de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid en de daaraan ontleende opvattingen een bron kunnen vormen van 'soft law' in bijvoorbeeld 'governance codes' of van nieuwe wetgeving.[28]

Naarmate een andere werking van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid in het geding is, dient de rechter anders te toetsen. In geval van de interpreterende en aanvullende werking is de rechter gehouden artikel 2:8 BW ambtshalve op de juiste wijze toe te passen. Wanneer het daarentegen de derogerende of gedragsregulerende werking betreft, dient de rechter bij zijn toetsing terughoudendheid te betrachten.[29]

6.3.3 De benadering van het vennootschappelijk belang

Over het fenomeen vennootschappelijk belang is een behoorlijke hoeveelheid literatuur verschenen.[30] In de wettekst van artikel 2:239 lid 5 BW vindt men slechts terug dat bestuurders van een BV zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de

26 Waarmee wordt gedoeld op *'een rechtspersoon en degene die en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zij betrokken'*.
27 Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 46.
28 De Jongh 2011, p. 608-618.
29 De Jongh 2011, p. 608-618.
30 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394.

vennootschap en de met haar verbonden onderneming dienen te richten.[31] Echter, een verdere (wettelijke) omschrijving van het begrip vennootschappelijk belang ontbreekt. In de vele discussies in de Nederlandse rechtspraktijk is een aantal benaderingen van het vennootschappelijk belang ontstaan, waarvan twee in het oog springen: de holistische benadering en de resultante-benadering.

De holistische benadering van het vennootschappelijke belang houdt in dat dit belang wordt gezien als *'het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel'*.[32] Deze omschrijving van het vennootschappelijk belang is ontwikkeld door degene die het fenomeen heeft geïntroduceerd in het Nederlandse rechtsstelsel: Maeijer. Maeijer heeft de aanduiding 'holistische benadering' echter zelf nooit gebruikt; deze benaming werd later gebruikt door Mendel.[33] Mettertijd heeft Maeijer aan zijn omschrijving van het vennootschappelijk belang toegevoegd dat het belang van het (vennootschappelijk) voortbestaan geen absolute grootheid noch een doel op zichzelf is.[34]

Wanneer het vennootschappelijk belang vanuit de holistische visie wordt benaderd, omvat dit ook de belangen van de in de vennootschap werkzame werknemers, alsmede de continuïteit van de onderneming.[35]

Ook Slagter is voorstander van de holistische benadering van het vennootschappelijk belang. Volgens hem is het vennootschappelijk belang geen resultante van de afweging van de verschillende deelbelangen. Zijns inziens heeft de vennootschap als rechtspersoon een eigen vennootschappelijk belang, hetgeen slechts deels afhankelijk is van de daarbij betrokken deelbelangen. Het vennootschappelijk belang wordt ingekleurd door het doel van de vennootschap, aldus Slagter.[36]

Andere voorstanders van de holistische benadering van het vennootschappelijk belang zijn: Langman,[37] Mendel,[38] Assink[39] en Eijsbouts en Kemp.[40]

Een andere wijze van benadering van het vennootschappelijk belang is de resultante-benadering. In deze visie wordt het vennootschappelijk belang gezien als het resultaat van de afweging van de in aanmerking komende deelbelangen, waaronder het aandeelhoudersbelang en het belang van de werknemers. Voorstanders van deze

31 Een gelijksoortige bepaling is in artikel 2:250 lid 2 BW opgenomen ten aanzien van commissarissen.
32 Maeijer 1964, p. 153.
33 Mendel 1989, p. 12-15.
34 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 293.
35 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394.
36 Slagter 2005, p. 12.
37 Langman 1988, p. 117.
38 Mendel 1989, p. 12-15.
39 Assink 2010, p. 40-41.
40 Eijsbouts & Kemp 2012, p. 129.

benadering menen dat Maeijer het vennootschappelijk belang teveel verzelfstandigt als een afzonderlijk – naast de belangen van de aandeelhouders en andere belanghebbenden – staand belang.[41] Het gaat hier om: Van der Grinten,[42] Dortmond,[43] Van Schilfgaarde[44] en Nieuwe Weme en Van Solinge.[45] Ook mijn voorkeur gaat uit naar de resultante-benadering, aangezien hierbij rekening wordt gehouden met de verschillende deelbelangen, ook separaat beschouwd, als gevolg waarvan weloverwogen besluitvorming in het kader van de vennootschap plaats kan vinden. Wanneer aan een vennootschap een onderneming verbonden is, dient naar mijn mening de continuïteit van de vennootschap als primair belang te worden aangemerkt.[46]

Naast deze twee in het oog springende benaderingen van het vennootschappelijke belang bestaan er andere zienswijzen. Van Ginneken en Timmerman zijn voorstanders van een combinatie van de holistische en resultante-benadering, waarbij zij onder het vennootschappelijk belang verstaan het creëren van lange termijn aandeelhouderswaarde, waarbij alle betrokken deelbelangen worden afgewogen.[47] Ook Verdam verdedigt deze gecombineerde opvatting[48] van het vennootschappelijk belang, waarbij hij de ondernemende vennootschap als renderende onderneming voorop stelt, ook ten aanzien van het aandeelhoudersbelang.[49]

6.3.4 Het strikte onderscheid tussen 'ownership and control' en de daarop gebaseerde 'principal agent theory'

Het strikte onderscheid tussen 'ownership' (het bestuur) 'and control' (de aandeelhouders)[50] kan leiden tot een belangenconflict als gevolg van het feit dat beide organen in beginsel een ander belang (dienen) na (te) streven. Het bestuur dient ingevolge artikel 2:239 lid 5 BW te handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, terwijl de aandeelhouders in principe hun eigen belang mogen nastreven, mits dit binnen de grenzen van artikel 2:8 BW plaatsvindt. Als gevolg van dit belangenconflict ontstaan zogenoemde 'agency problems', waarop

41 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 293.
42 Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 231.
43 Van der Heijden/ Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 231.
44 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 27-28.
45 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394.
46 Zie ook Kemp & Renssen 2014, p. 205.
47 Timmerman 2009, p. 7.
48 Wolf 2013, p. 170.
49 Verdam 2013, p. 100-101.
50 Zie Berle & Means 1932, p. 6 voor een uiteenzetting betreffende het strikte onderscheid tussen 'ownership and control'.

de Amerikaanse economen Jensen en Meckling hun 'principal agent theory' baseerden.[51] Wanneer zowel het bestuur als de aandeelhouders opportunistisch handelen ontstaat het gevaar dat de 'agent' (het bestuur) niet langer zal handelen in het belang van de 'principal' (de aandeelhouder), waardoor een 'agency problem' (belangenconflict) ontstaat.[52]

Binnen vennootschappen is een beheersstructuur ontwikkeld, waardoor door middel van een aantal mechanismen het belangenconflict tussen het bestuur en de aandeelhouders wordt beperkt: 'bonding', 'monitoring', de aandelenbeurs, de 'market for corporate control' en de arbeidsmarkt voor managers.

Onder 'bonding' wordt in dit kader verstaan het door middel van resultaatafhankelijke beloningen betrekken van de bestuurder bij de aandeelhouderswaarde. Onder 'monitoring' wordt verstaan het door een ingesteld orgaan houden van toezicht op het functioneren van het bestuur en het eventueel gebruik maken van disciplinerende maatregelen jegens het bestuur (men denke aan een raad van commissarissen).

Naast deze directe corrigerende mechanismen, bestaan er drie indirecte corrigerende mechanismen.

Allereerst is er de aandelenbeurs: wanneer aandeelhouders ontevreden zijn over het functioneren en/of presteren van het bestuur zullen zij wellicht overgaan tot verkoop van hun aandelen, als gevolg waarvan de aandelenkoers daalt.

Daarnaast kan in dit kader worden gewezen op een verdergaand mechanisme, de 'market for corporate control': wanneer het bestuur slecht functioneert en/of presteert, is de kans aanwezig dat een deel van de aandelen van de vennootschap zullen worden overgedragen, als gevolg waarvan de koers daalt, hetgeen een vijandige overname tot gevolg kan hebben. Nu in de praktijk dit meestal het einde van de bestuursfunctie betekent, gaat hier een sterk disciplinair effect vanuit.

Ook de arbeidsmarkt voor managers speelt een rol: het bestuur wordt hierdoor weerhouden om waardevernietigende strategieën toe te passen, aangezien dat de bestuursreputatie in gevaar zou brengen en niet zou bijdragen aan de mogelijkheden van verbetering van positie op die arbeidsmarkt.[53]

6.4 De bescherming van de schuldeisers

Dat het bestuur het constateringsbevoegde orgaan is inzake het al dan niet bestaan van baten binnen de BV ten tijde van ontbinding, dat het oordeel van het bestuur daaromtrent voldoende is en dat het bestuur hierover geen verantwoording behoeft af te leggen jegens schuldeisers, heeft te maken met de veronderstelling dat de bescherming

51 Jensen & Meckling 1976, p. 305-360.
52 Zie ook Groot 2003, p. 518-526.
53 Moerland 1995, p. 247.

van schuldeisers in geval van het ten onrechte achterwege blijven van de vereffening voldoende wordt gewaarborgd doordat zij een aantal middelen tot hun beschikking hebben.

In dit kader wordt gewezen op de mogelijkheid voor schuldeisers tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW.[54] Uit de jurisprudentie blijkt immers dat het oordeel van het bestuur van de ontbonden BV dat de BV geen baten (meer) heeft, kan worden getoetst door de rechter.[55] Mijns inziens wordt de bescherming van de schuldeisers op deze wijze niet voldoende gewaarborgd. Wanneer schuldeisers de rechter verzoeken tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW teneinde beschermd te worden, verkeren deze in een nadelige positie.

Allereerst dienen zij aan te tonen dat zij een voldoende belang hebben bij heropening van de vereffening. De schuldeisers zullen dus dienen aan te tonen dat er ofwel sprake is van een niet-vereffende bate ofwel van een liquidatiesaldo uitgekeerd aan een rechthebbende, dat kan worden teruggevorderd.[56] Hierbij doet zich – ondanks de afwijkende bewijsregels die in paragraaf 8.2.2 zullen worden uitgewerkt – een moeilijkheid voor: hoe komt een schuldeiser erachter of er überhaupt baten zijn? De schuldeiser zou de administratie of laatst gepubliceerde jaarrekening kunnen analyseren.[57] Schuldeisers hebben echter niet de mogelijkheid om de administratie van de BV te raadplegen, nu zij niet behoren tot de kring van belanghebbenden aan wie die bevoegdheid tot raadpleging is toebedeeld ingevolge artikel 2:24 lid 4 BW.[58] Daarnaast behoren zij, als niet krachtens wet of statuten bij de organisatie van de vennootschap betrokkenen, niet tot de redelijkheid en billijkheidskring van artikel 2:8 BW, waardoor hen bijvoorbeeld de mogelijkheid ontbreekt besluiten van organen ter vernietiging aan de rechtbank aan te dragen.

Een andere beperking is dat er over het laatste verkorte boekjaar van een turbogeliquideerde BV geen jaarrekening[59] behoeft te worden opgemaakt,[60] als gevolg waarvan aan schuldeisers het zicht op hun verhaalspositie wordt ontnomen.[61] Mijns

54 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).

55 Zie onder andere HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 330, HR 3 december 2010, *RO* 2011/26 en HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338.

56 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.

57 Vetter 2007, p. 40-41.

58 Vetter 2007, p. 41.

59 Wanneer een BV kwalificeert als 'kleine vennootschap' in de zin van artikel 2:396 BW (zijnde een BV die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opvolgende balansdata, aan ten minste twee van de drie navolgende criteria voldoen: a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs niet meer dan € 4,4 miljoen; b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 8,8 miljoen; en c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan vijftig) hoeft deze slechts een vereenvoudigde balans, winst- en verliesrekening en de bijbehorende toelichting op te stellen (artikel 2:396 lid 3-5 BW). Van deze stukken hoeft slechts de vereenvoudigde balans openbaar te worden gemaakt (artikel 2:396 lid 8 BW).

60 Hagens 2011, p. 182.

61 Zie ook Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377.

inziens zou er – hoewel een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt – wel een verplichting tot het opmaken van een jaarrekening (dan wel vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening ingeval van artikel 2:396 BW) over het laatste verkorte boekjaar moeten bestaan, mede gelet op de betekenis van de jaarrekening: *'een document van verantwoording tegenover een ruime kring van belanghebbenden'*,[62] oftewel de jaarrekening als document ter bevordering van de rechtszekerheid en derdenbescherming. Het opmaken en vaststellen van een jaarrekening over het laatste verkorte boekjaar zou voor de bestuurders als voordeel hebben dat hierover decharge kan worden verleend.[63] Gelet op artikel 2:210 lid 3 BW dient naast de vaststelling van de jaarrekening een separaat dechargebesluit te worden genomen.[64] Bovendien kan de jaarrekening respectievelijk vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening een belangrijke rol spelen wanneer het bestuur van een turbogeliquideerde BV gedurende een herlevingsprocedure ex artikel 2:23c lid 1 BW wordt verweten dat er ten tijde van de ontbinding wel baten aanwezig waren en dus ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie.[65] Daarenboven volgt uit jurisprudentie dat het ontbreken van jaarstukken of van een balans ten tijde van het ontbindingsbesluit van de BV tot gevolg kan hebben dat er geen duidelijkheid bestaat over de omvang van de schulden en activa, als gevolg waarvan onder omstandigheden sprake kan zijn van onbehoorlijk bestuur, hetgeen een bate voor heropening van de vereffening kan opleveren.[66]

Met het oog op deze nadelige aspecten verbonden aan de heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW dient te worden aangenomen dat het nogal eens voor komt dat schuldeisers hierdoor worden benadeeld. Bovendien wordt het waarborgen van de bescherming van de schuldeisers in vergaande mate belemmerd door het feit dat een turboliquidatie van een BV – behalve in het handelsregister – niet bekend wordt gemaakt, nu een vereffeningsprocedure ontbreekt. Als gevolg hiervan zullen schuldeisers wellicht niet of niet tijdig bekend raken met de turboliquidatie van de BV. Daarbij komt dat, doordat de herleving van de BV niet in het handelsregister wordt ingeschreven, crediteuren veelal überhaupt niet op de hoogte zijn van de mogelijkheid zich te verhalen.

Omdat de turboliquidatie als wijze van ontbinding door velen gezien wordt als een voordelige procedure, wordt deze mogelijkheid zeer regelmatig gebruikt. Uit jurisprudentie volgt dat een turbogeliquideerde BV ook regelmatig weer herleeft, met als

62 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 348.

63 Althans intern bezien, waarbij geldt dat de decharge zich niet uitstrekt tot informatie waarover de aandeelhouders uit anderen hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering zijn bekendgemaakt, voordat deze de jaarrekening vaststelde (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/ Van de Ven*).

64 Tenzij sprake is van een DGA-situatie, zie artikel 2:210 lid 5 BW.

65 Nethe 2012, p. 798-802.

66 Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274.

voornaamste reden dat de turboliquidatie onterecht heeft plaatsgevonden. Bestuurders kunnen, ter vermijding van de noodzaak te vereffenen, de mogelijkheid tot turboliquidatie oneigenlijk dan wel prematuur benutten en zichzelf op deze wijze bevoordelen en/of crediteuren benadelen.[67] De bestuurders van een BV kunnen gemakkelijk in een positie verkeren waarin conflicterende belangen een rol spelen.[68] Bovendien kan deze 'eenvoudige ontbindingsweg' tot gevolg hebben dat baten weggesluisd worden uit de BV.[69]

Mijns inziens kan op grond van het bovenstaande worden geconcludeerd dat de bescherming van schuldeisers in het kader van een turboliquidatie dramatisch te kort schiet.

6.5 De rol van de Kamer van Koophandel en het handelsregister

Artikel 3 lid 1 Hrw bepaalt dat het handelsregister wordt gehouden door de Kamers van Koophandel. De Kamers van Koophandel hebben als taak in onderling overleg zorg te dragen voor een goede beschikbaarheid, werking en beveiliging van het handelsregister, aldus artikel 4 lid 2 Hrw. Het doel van het handelsregister is drieledig: het handelsregister wordt gehouden 1) ter bevordering van de rechtszekerheid in het economisch verkeer, 2) voor de verstrekking van gegevens van algemene, feitelijke aard omtrent de samenstelling van ondernemingen en rechtspersonen ter bevordering van de economische belangen van handel, industrie, ambacht en dienstverlening en 3) voor het registreren van alle ondernemingen en rechtspersonen als onderdeel van de gegevenshuishouding die bijdraagt aan het efficiënt functioneren van de overheid (artikel 2 Hrw).

Hierna wordt eerst ingegaan op de algemene rol van de Kamer van Koophandel en het handelsregister (paragraaf 6.5.1). In paragraaf 6.5.2 komt de inschrijving van een turboliquidatie in het handelsregister aan bod. En tot slot wordt in paragraaf 6.5.3 een praktijkvoorbeeld gegeven van de rol van de Kamer van Koophandel bij turboliquidaties.

6.5.1 De algemene rol van de Kamer van Koophandel en het handelsregister

Sinds 2007 zijn de Kamers van Koophandel niet langer lijdelijk: zij dienen thans een grondiger onderzoek in te stellen of er aanwijzingen zijn voor mogelijke onjuistheid – als gevolg van frauduleus handelen of anderszins – van een inschrijving in het handelsregister. De kwaliteit van het register is echter sterk afhankelijk van het handelen

67 Zie de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 20 juni 2008, *RdvW* 2008, 657.
68 Hof 's-Gravenhage 4 juli 2013, *JOR* 2013/217, m.nt. M.Y. Nethe, noot onder 2.
69 Vetter 2007, p. 40.

of nalaten van degenen die moeten inschrijven. De Kamer van Koophandel is immers afhankelijk van de informatie welke door de aangever wordt verstrekt en mag tot op zekere hoogte ook uitgaan van de juistheid van de opgave. Juist door deze meer actieve rol van de Kamer van Koophandel en het feit dat de in het handelsregister opgenomen gegevens tot doel hebben de rechtszekerheid in het economische verkeer te bevorderen (artikel 2 sub a Hrw), wordt er vertrouwd op de in het handelsregister opgenomen gegevens.[70] Echter, een inschrijving van een bepaald feit in het handelsregister heeft geen constitutieve werking; een inschrijving in het handelsregister garandeert niet de juistheid van het betreffende ingeschreven feit.[71]

6.5.2 De inschrijvingen van turboliquidaties in het handelsregister

Het feit dat het handelsregister vermeldt dat er ten tijde van ontbinding van een BV geen baten meer waren, heeft dus eigenlijk geen betekenis.[72] Scholten wijst erop dat voorgaande opvatting praktisch is; een andere opvatting zou volgens hem tot gevolg hebben dat een BV tegenover de ene partij wel rechtsgeldig ontbonden is en tegenover de andere partij niet.[73] Mijns inziens is deze opvatting echter slecht te rijmen met het beginsel van derdenbescherming. Derden putten immers vertrouwen uit een inschrijving in het handelsregister.

Hierbij komt dat het volgens A-G Timmerman niet aan de Kamer van Koophandel is om te beoordelen of een besluit tot turboliquidatie rechtsgeldig tot stand is gekomen.[74] Mijns inziens strookt deze opvatting van Timmerman niet met de nieuwe rol van de Kamer van Koophandel. Bij het ontbreken van lijdelijkheid mag een grotere activiteit en verantwoordelijkheid van de Kamer worden verwacht.

6.5.3 De rol van de Kamer van Koophandel bij turboliquidaties: een praktijkvoorbeeld

In een beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven[75] is de rol van de Kamer van Koophandel bij turboliquidaties duidelijk naar voren gekomen. Deze zaak betrof een weigering tot inschrijving van een turboliquidatie van een stichting en een BV in het handelsregister door de Kamer van Koophandel op grond van artikel 4 lid 1 jo. 5 lid 2 sub e Hrb. De appellanten voerden hiertegen aan dat beide

70 Conclusie A-G Timmerman bij HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.
71 Conclusie A-G Timmerman bij HR 26 maart 2004, *JOR* 2004/127 en Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
72 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217 m.nt. Nethe, r.o. 6.5 en Van der Korst 2013.
73 HR 11 maart 1966, *LJN* AC1869, m.nt. Scholten, zie noot Scholten onder 1.
74 Conclusie A-G Timmerman bij HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.
75 CBB 21 december 2012, *RO* 2013/31.

entiteiten wegens het ontbreken van baten conform artikel 2:19 lid 4 BW zonder vereffening zouden zijn opgehouden te bestaan. Zij stelden voorts dat artikel 4 lid 1 en artikel 5 lid 2 sub e Hrb uitdrukkelijk zien op de inschrijving van rechtspersonen en niet op een wijziging van gegevens zoals zich in het onderhavige geval voordeed.

Ten behoeve van de duidelijkheid; artikel 4 lid 1 en artikel 5 lid 2 sub e Hrb luiden als volgt:

> *'De kamer onderzoekt of een opgave afkomstig is van iemand die tot het doen ervan bevoegd is, en of de opgave juist is, tenzij in Nederland of een andere lidstaat van de Europese Unie of van de Europese Economische Ruimte reeds onderzoek naar gelijkwaardige eisen is verricht en hieruit blijkt dat de opgave aan de eisen voldoet.'*

> *'De kamer kan weigeren om tot inschrijving over te gaan indien de kamer gerede twijfel heeft over de juistheid van de opgave.'*

De Kamer van Koophandel weigerde de inschrijving van de turboliquidatie, omdat zij eerder van een betrokkene van appellant had vernomen dat de BV schulden zou hebben, maar vooral omdat deze betrokkene aan de balie van de Kamer van Koophandel ten overstaan van één van de medewerkers melding had gedaan van het feit dat zij een vergoeding ontving om als tussenpersoon te fungeren. Met deze kennis is het de plicht van de Kamer van Koophandel om de juistheid van de gedane opgaaf tot turboliquidatie te toetsen. De Kamer van Koophandel wilde zich ervan vergewissen dat de opgaaf van de turboliquidatie inhoudelijk juist was en het niet de bedoeling van appellanten was om een faillissement te ontlopen en schuldeisers moedwillig te benadelen. Deze zaak vormt dus een mooi praktijkvoorbeeld waaruit blijkt dat de Kamer van Koophandel niet langer lijdelijk is: wanneer er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van de in te schrijven turboliquidatie, is de Kamer van Koophandel bevoegd deze inschrijving te weigeren en om bewijsstukken te vragen. De vraag rijst echter of de Kamer van Koophandel bij elke twijfelachtige inschrijving van een turboliquidatie zo nauwkeurig te werk gaat. Bovendien is het mij niet duidelijk hoe bovenstaande zich verhoudt met de opvatting van A-G Timmerman dat de Kamer van Koophandel niet bevoegd is na te gaan of een turboliquidatie rechtsgeldig heeft plaatsgevonden.[76] Is dat niet juist wat in de zaak bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gebeurt? Mijns inziens is de opvatting van het College juist.

76 Conclusie A-G Timmerman bij HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.

6.6 Aanbevelingen ten aanzien van de bescherming van schuldeisers

Mijns inziens kan de bescherming van schuldeisers beter worden gewaarborgd (waardoor ook de fraudegevoeligheid van de turboliquidatie als ontbindingswijze afneemt) en het evenwicht tussen de aandeelhouders en het bestuur inzake turboliquidaties worden hersteld door middel van de volgende wijzigingen in het bestaande (wets) systeem:

i. De aandeelhouders dienen betrokken te worden bij de constatering omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van de ontbinding. Enerzijds, omdat het een constatering betreft die als rechtsgevolg heeft dat de BV wordt ontbonden (als gevolg waarvan de constatering mijns inziens valt onder het bereik van artikel 2:107a BW). Anderzijds, omdat een (al dan niet bewust) onjuiste constatering kwalijke gevolgen voor de aandeelhouders met zich kan brengen. Hierbij kan men denken aan het risico tot aandeelhoudersaansprakelijkheid wanneer achteraf blijkt dat ten onrechte tot turboliquidatie is overgegaan en de BV alsnog herleeft. Een dergelijke aandeelhoudersaansprakelijkheid zal zich voornamelijk voordoen in concernverhoudingen. Zo is het mogelijk dat een moedervennootschap als aandeelhoudster aansprakelijk wordt gehouden wanneer schuldeisers van een turbogeliquideerde dochter zijn benadeeld door een selectieve betaling gedaan door de dochter voorafgaand aan de turboliquidatie.[77] In dit verband zou bijvoorbeeld ook gedacht kunnen worden aan de situatie waarin een dochter-BV wordt turbogeliquideerd, terwijl de moeder een 403-verklaring heeft afgegeven.
   De betrokkenheid van de aandeelhouders bij de constatering kan worden gerealiseerd door aan de turboliquidatie als vereiste te stellen dat tijdens de algemene vergadering waarbij besloten wordt tot ontbinding van de BV, ook door de aandeelhouders besloten wordt tot turboliquidatie over te gaan.
ii. Voor het bestuur zou de verplichting tot het opmaken van een jaarrekening (dan wel vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening ingeval van artikel 2:396 BW) over het laatste verkorte boekjaar moeten bestaan, als gevolg waarvan aan schuldeisers een beter zicht op hun verhaalspositie wordt geboden. Met deze aanbeveling kan ook hetgeen onder i. is aanbevolen, worden bewerkstelligd, namelijk door de algemene vergadering de jaarrekening dan wel de vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening over het laatste verkorte boekjaar te laten vaststellen.
iii. De turboliquidatie van de BV dient – naast in het handelsregister – ook in de Staatscourant alsmede in een landelijk verspreid dagblad te worden gepubliceerd, zodat schuldeisers eerder bekend geraken met de ontbinding van de BV.

77 Rb. Arnhem 6 december 2006, *JOR* 2007/109. Zie paragraaf 9.6.2 over concernaansprakelijkheid in geval van turboliquidatie.

iv. De herleving van een turbogeliquideerde BV dient te worden ingeschreven in het handelsregister en te worden gepubliceerd in de Staatscourant alsmede in een landelijk verspreid dagblad, zodat schuldeisers de mogelijkheid hebben bekend te geraken met de herleving (en dus de mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken).
v. Er dient afstand te worden gedaan van de opvatting van A-G Timmerman dat het niet aan de Kamer van Koophandel is om te beoordelen of een besluit tot turboliquidatie rechtsgeldig tot stand is gekomen.[78] In ieder geval wanneer gerede twijfel bestaat om aan de juistheid van de constatering van het bestuur omtrent het niet bestaan van baten ten tijde van de ontbinding te twijfelen, moet de Kamer van Koophandel de inschrijving tot turboliquidatie weigeren en om verdere informatie verzoeken. Wanneer geen gehoor wordt gegeven aan een dergelijk informatieverzoek, heeft de Kamer van Koophandel de mogelijkheid de BV als ontbonden (niet zijnde turbogeliquideerd) in te schrijven.

6.7 Samenvatting en conclusie

Al met al kan worden gesteld dat de heersende opvatting ten aanzien van de positie van het bestuur als constateringsbevoegde orgaan in dit kader minder wenselijk is. Ik zou menen dat op dogmatische gronden deze bevoegdheid geacht wordt te liggen bij de aandeelhoudersvergadering. Een argument daarvoor is onder meer de regeling van artikel 2:107a BW inclusief analoge toepassing voor BV's alsook de tekst van artikel 2:217 BW. Ik bepleit aanpassing van de wet met vastlegging van dit uitgangspunt.

78 Conclusie A-G Timmerman bij HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.

Hoofdstuk 7

CURIEUZE (ONTBREKENDE) BATEN TEN TIJDE VAN ONTBINDING[1]

7.1 Inleiding

Uit de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW volgt dat aan de turboliquidatie als ontbindingswijze slechts één voorwaarde wordt gesteld: op het moment van ontbinding mogen binnen de BV geen baten meer bestaan. Hieruit lijkt voort te vloeien dat er ten tijde van ontbinding wel nog schulden mogen bestaan. Mijns inziens is dit echter niet het geval, gelet op enerzijds de bedoeling van de wetgever en anderzijds de nadelige gevolgen van deze aanname voor schuldeisers. In paragraaf 5.3 beschreef ik waarom ik van mening ben dat ten tijde van turboliquidatie baten noch schulden mogen bestaan.

Wanneer er binnen een BV in feite geen activiteiten (meer) plaatsvinden en het vermogen gelijk is aan het geplaatste kapitaal[2] wordt er in de praktijk veelal vanuit gegaan dat er geen baten meer in de BV waarneembaar zijn.[3] Dit blijkt echter soms ten onrechte; het kan voorkomen dat er bepaalde vorderingen, zoals het recht op belastingteruggaven, blijken te zijn ontstaan. Deze problematiek zal in paragraaf 7.3 worden beschreven.

Bovendien wordt er in de jurisprudentie vanuit gegaan dat het nominaal aandelenkapitaal als bate kan worden aangemerkt en een turboliquidatie kan bemoeilijken. Mijns inziens is dit niet het geval, hetgeen ik in paragraaf 7.2 nader zal onderbouwen.

---

1 Hoofdstuk 7 is een uitwerking van Renssen 2013-1, p. 90-95 en Renssen 2013-2.

2 Onder het oude BV-recht is dit veelal gelijk aan € 18.000,-, gelet op het destijds geldende vereiste van een minimumkapitaal in geval van de oprichting van een BV ex artikel 2:178 lid 2 BW (oud).

3 Smid 2002, p. 9.

7.2 Het positief nominaal aandelenkapitaal van een BV

Een positief nominaal aandelenkapitaal zou een turboliquidatie van een BV slechts kunnen bemoeilijken wanneer dit aandelenkapitaal zou kunnen worden aangemerkt als een bate of wanneer het, in mijn opvatting, zou kunnen worden aangemerkt als een schuld van de BV.[4]

Hoewel hier in de jurisprudentie anders over wordt gedacht, ben ik van mening dat het positief nominaal aandelenkapitaal niet als bate van de BV kan worden aangemerkt. Mijns inziens volgt dit logischerwijs uit de balans van de BV. Het aandelenkapitaal wordt op de balans geplaatst aan de passivazijde. Met andere woorden: het aandelenkapitaal is geen activum, maar een passivum.

Ook kan het nominaal aandelenkapitaal van een BV niet worden aangemerkt als schuld van de BV. Teneinde deze stelling uiteen te kunnen zetten, zal allereerst in dienen te worden gegaan op een aantal deelonderwerpen. De deelonderwerpen die hieronder achtereenvolgens zullen worden behandeld, zijn: de Wet Flex-BV (paragraaf 7.2.1) de BV als kapitaalvennootschap (paragraaf 7.2.2), het begrip kapitaal (paragraaf 7.2.3), kapitaalbescherming (paragraaf 7.2.4), het nominaal geplaatste aandelenkapitaal (paragraaf 7.2.5) en de verhouding tussen de aandeelhouder en de vennootschap (paragraaf 7.2.6). In paragraaf 7.2.7 zal tot slot worden ingegaan op het gedeelte van het kapitaal van de BV dat mijns inziens wel kan worden aangemerkt als bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW: het niet-gestorte kapitaal (oftewel obligo, zijnde de resterende stortingsverplichting van de aandeelhouder jegens de BV).

7.2.1 De Wet Flex-BV, het kapitaal en de kapitaalbescherming

Per 1 oktober 2012 is de Wet Flex-BV in werking getreden. Bij deze wet zijn belangrijke wijzigingen doorgevoerd inzake het kapitaal en kapitaalbescherming. De minister stelt over de invoering van de Wet Flex-BV het volgende:

> *'De hoofdlijnen van het voorstel zijn: (...) een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming. (...) De crediteurenbescherming wordt gebaseerd op een uitkeringstest in combinatie met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en aandeelhouders. (...) De regels voor kapitaalvermindering worden versoepeld; crediteurenbescherming bij uitkering aan aandeelhouders, bij kapitaalvermindering en bij inkoop van eigen aandelen wordt vormgegeven door een uitkeringstoets en een verplichting tot vergoeding van het tekort door de bestuurders die niet te goeder trouw waren toen zij het besluit tot uitkering goedkeurden en door degenen die niet te goeder trouw waren toen zij die uitkering ontvingen.'*[5]

4 In paragraaf 5.3 heb ik namelijk gepleit om de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW zodanig te wijzigen, dat ook het bestaan van schulden ten tijde van de ontbinding een turboliquidatie belet.

5 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058 nr. 3 (MvT) en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426 nr. 3 (MvT).

De wijzigingen ten aanzien van het kapitaal zijn gelegen in de artikelen 2:178 en 2:191 BW. Eén van de belangrijkste wijzigingen voor de praktijk is de afschaffing van het minimumkapitaal. Voorheen bedroeg het minimumkapitaal voor BV's € 18.000,-, terwijl het tegenwoordig mogelijk is een BV op te richten met een geplaatst kapitaal van slechts € 0,01. In artikel 2:178 BW is voorts bepaald dat het niet langer verplicht is om het maatschappelijk kapitaal op te nemen in de statuten. Hierdoor kunnen er onbeperkt aandelen worden uitgegeven zonder dat de statuten daarvoor gewijzigd hoeven te worden. Verwacht wordt dat dit tot gevolg heeft dat de meeste nieuw opgerichte BV's geen maatschappelijk kapitaal in hun statuten zullen opnemen. Het opnemen van een maatschappelijk kapitaal kan in bepaalde situaties toch nog een functie hebben, namelijk wanneer in de statuten is opgenomen dat de besluitvorming tot uitgifte van aandelen aan een ander orgaan is toegekend. Het maatschappelijk kapitaal vormt in dergelijke situaties een maximum tot waar aandelen kunnen worden uitgegeven zonder medewerking van de algemene vergadering. Wanneer het in dergelijke situaties wenselijk wordt geacht om boven het maatschappelijk kapitaal aandelen uit te geven, is een besluit van de algemene vergadering (een statutenwijziging) vereist. Bovendien wordt niet langer voorgeschreven dat de statuten het aantal aandelen dienen te vermelden en dat van het maatschappelijk kapitaal minimaal een vijfde deel dient te zijn geplaatst en een vierde deel dient te zijn gestort. De stortingsplicht kan dus in zijn geheel worden uitgesteld tot het moment dat de BV het nog niet gestorte kapitaalgedeelte opvraagt.[6]

Andere belangrijke wijzingen betreffen het vervallen van de inbrengcontrole.[7] Er is dus geen bankverklaring meer vereist in geval van inbreng in contanten en geen accountantsverklaring in geval van inbreng in natura. Ook de Nachgründung-bepaling van artikel 2:204c BW (oud) is komen te vervallen. De reden waarom voormelde bepalingen zijn geschrapt, is enerzijds gelegen in het feit dat de meerwaarde ervan voor de bescherming van schuldeisers beperkt bleek te zijn. Anderzijds brachten zij onnodige kosten voor het bedrijfsleven met zich.[8]

Wat betreft het bijeenhouden van het kapitaal in een BV is de regeling inzake uitkering van dividend en reserves aanzienlijk aangepast (artikel 2:216 BW).[9] Ook de regeling van inkoop van aandelen is gewijzigd. Bovendien is het steunverbod (oftewel de 'financial assistance clause') volledig komen te vervallen met de invoering van de Wet

6 Janse de Jonge & Vossen-Van Eldik 2012, p. 265-266.
7 De artikelen 2:203a, 204a en 204b BW (oud) zijn vervallen.
8 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 113.
9 Zie paragraaf 7.2.4.

Flex-BV.[10] Tot slot is de regeling inzake de intrekking van aandelen (vermindering van het geplaatst kapitaal) gewijzigd, hetgeen hieronder in paragraaf 7.2.4 aan bod zal komen.[11]

7.2.2 De BV als kapitaalvennootschap

De BV is een kapitaalvennootschap (of kapitaalassociatie), omdat de BV een in aandelen verdeeld (maatschappelijk) kapitaal heeft. Dit betekent dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon slechts in een BV kan participeren door middel van een aandeel in haar kapitaal.[12] Het verschil tussen een kapitaalvennootschap (zoals een BV en een NV) en een personenvennootschap (zoals een maatschap, een VOF en een CV) is gelegen in de persoonlijke aansprakelijkheid:[13] de aandeelhouders in een kapitaalvennootschap zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht, aldus artikel 2:175 lid 1 BW:

> *'(...) Een aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen, onverminderd het bepaalde in artikel 192.'*

Omdat de BV een rechtspersoon is, neemt deze zelfstandig deel aan het rechtsverkeer en is de BV in beginsel als enige aansprakelijk voor de door haar aangegane verplichtingen.[14] Juist omdat de aandeelhouders in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht, wordt *'het kapitaal in de zin van de minimale waarde van hetgeen door aandeelhouders bij deelname in het kapitaal van de vennootschap moet worden ingebracht, met waarborgen ten behoeve van potentiële crediteuren van de vennootschap omgeven.'*[15] Het eigen vermogen wordt dus bijeengebracht door de aandeelhouders als risicodragende kapitaalverschaffers.[16]

De BV is derhalve te beschouwen als een vereniging van kapitaalverschaffers. Het uitgangspunt bij de NV en de BV was tot voor kort dat de relatieve positie van aandeelhouders in termen van lidmaatschapsrechten en rechten op winst waren

10 Janse de Jonge & Vossen-Van Eldik 2012, p. 266-267.
11 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 113.
12 Kroeze e.a. 2007, p. 3.
13 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 13.
14 Kupperman 2012, p. 276.
15 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 97.
16 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 97.

gerelateerd aan de omvang van de kapitaalsinbreng. Sinds bij de BV de wettelijke regeling is veranderd onder meer met het oog op het mogelijk maken van een samenwerkingsverband met een maatschapsachtig karakter binnen die BV, is bij die kapitaalvennootschap die relatie in ieder geval vanuit dwingendrechtelijk perspectief in hoge mate komen te vervallen. Men kan bij de BV immers via het creëren van soorten aandelen, maar met name door het statutair aanduiden van aandelen, oneindig variëren in toekenning van lidmaatschapsrechten en winstrechten aan aandeelhouders met een gelijke kapitaalsinbreng.

7.2.3 Het kapitaalbegrip

In het Nederlandse vennootschapsrecht verwijst het begrip kapitaal naar de rechtsbetrekking tussen de BV en de aandeelhouders. De BV geeft immers aandelen uit, waarbij ieder aandeel beantwoordt aan een vast nominaal bedrag, ook wel de nominale waarde van het aandeel genoemd. Wanneer de aandelen worden uitgegeven tegen de nominale waarde, wordt de uitgifte *a pari* genoemd. Vroeger werd het kapitaalbegrip gekoppeld aan deze uitgifte a pari: onder kapitaal werd verstaan het *'inbrengkapitaal, d.w.z. het totale bedrag dat de aandeelhouders op de door hen genomen aandelen volgens de nominale waarde hadden gestort (in de vennootschap hadden ingebracht).'*[17] Een meer genuanceerde formulering is hier op zijn plaats, nu er een verschil kan ontstaan tussen het in werkelijkheid op een aandeel gestort bedrag en het nominale bedrag van het aandeel (het agio), doordat de koers van de uitgegeven aandelen hoger ligt dan de nominale waarde.

Voor de invoering van de Wet Flex-BV bestonden er vijf kapitaalbegrippen: i. het maatschappelijk kapitaal, ii. het geplaatst kapitaal, iii. het gestort kapitaal, iv. het opgevraagd kapitaal en v. het minimumkapitaal.

Zoals eerder gezegd is het minimumkapitaal voor de BV geheel komen te vervallen. Ondanks dat het niet langer verplicht is om het maatschappelijk kapitaal op te nemen in de statuten,[18] en de afschaffing van de verplichting dat van het maatschappelijk kapitaal minimaal een vijfde deel dient te zijn geplaatst en een vierde deel dient te zijn gestort, kunnen de overige vier kapitaalbegrippen nog wel een rol spelen. De BV's opgericht voor de invoering van de Wet Flex-BV dienen namelijk hun statuten te wijzigen indien het wenselijk wordt geacht dat het voor 1 oktober 2012 verplichte maatschappelijke kapitaal komt te vervallen. Daarom zullen deze kapitaalbegrippen hier kort worden toegelicht.

17 Mendel & Oostwouder 2013, p. 15.

18 Ook een BV opgericht na 1 oktober 2012 kan ervoor kiezen een maatschappelijk kapitaal in de statuten op te nemen.

Onder maatschappelijk kapitaal wordt verstaan het in de statuten opgenomen maximumbedrag tot waar aandelen kunnen worden geplaatst. Onder het geplaatst kapitaal wordt verstaan het bedrag waarvoor aandelen zijn geplaatst of uitgegeven.[19] Voor de invoering van de Wet Flex-BV was het ingevolge artikel 2:178 lid 1 BW (oud) verplicht dat van het maatschappelijk kapitaal ten minste een vijfde gedeelte was geplaatst. Praktisch gezien is het geplaatst kapitaal nog van belang om te bepalen of de BV kredietwaardig is en of er sprake is van een structuurvennootschap (artikel 2:263 BW). Voorts wordt op verschillende plaatsen in Boek 2 BW een quorumvereiste gekoppeld aan besluitvorming, zie bijvoorbeeld artikel 2:243 lid 2 BW.[20]

Onder het gestort kapitaal wordt verstaan het gedeelte van het geplaatste kapitaal waarop de door de aandeelhouders verschuldigde inbreng door hen is voldaan of het door hen verschuldigde is gestort.[21] Voor de invoering van de Wet Flex-BV was vereist dat ten minste een vierde van het nominale bedrag werd gestort. Het door de Wet Flex-BV gewijzigde artikel 2:191 lid 1, tweede volzin BW bepaalt dat bedongen kan worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan pas behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het heeft opgevraagd. Deze resterende verplichting voor de aandeelhouder heet obligo.[22] Praktisch gezien is ook het gestort kapitaal van belang om te bepalen of de BV kredietwaardig is.[23]

Het opgevraagd kapitaal is dat deel van het geplaatst kapitaal waarvan volstorting nog niet heeft plaatsgevonden, maar wel op korte termijn is opgevraagd door het daartoe bevoegde vennootschapsorgaan of door de curator in het faillissement van de BV.[24]

De verhouding tussen de BV en de aandeelhouders zal in paragraaf 7.2.6 nader worden uitgewerkt. Het begrip kapitaal wordt door sommige juristen als een schuld van eigen, vennootschappelijke aard gezien.[25] Gesteld wordt dat dit tot uitdrukking komt in de wijze waarop het kapitaal (eventueel samen met het agio als aparte post geboekt) op de balans geplaatst wordt onder de passiva, terwijl daar tegenover de inbreng of vordering tot inbreng op de aandeelhouders bij de oprichting van de BV onder de activa wordt opgenomen. Hieruit volgt ook het verschil tussen kapitaal en vermogen van de BV. Het kapitaal dat bij de oprichting van de BV door middel van inbreng moet worden gerealiseerd, is te beschouwen als de eerste vennootschapsrechtelijk bepaalde aanzet tot het eigen vermogen van de BV.

19 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 100-101 en Van der Heijden/Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 162.
20 Mendel & Oostwouder 2013, p. 18.
21 Van der Heijden/Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 162.
22 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 102.
23 Mendel & Oostwouder 2013, p. 18.
24 Mendel & Oostwouder 2013, p. 18.
25 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 97 en Mendel 2002, p. 18.

Onder het eigen vermogen wordt ingevolge artikel 2:373 lid 1 BW verstaan: a) het geplaatst kapitaal, b) agio, c) herwaarderingsreserves, d) andere wettelijke reserves, e) statutaire reserves, f) overige reserves en g) niet verdeelde winsten. Wanneer het geplaatst kapitaal niet is volgestort, dan maakt het gestorte kapitaal in plaats van het geplaatste kapitaal onderdeel uit van het eigen vermogen. Wanneer stortingen zijn uitgeschreven, dan maakt het gestorte en opgevraagde kapitaal in plaats van het geplaatste kapitaal onderdeel uit van het eigen vermogen (lid 2). Een verschil tussen het kapitaal en het vermogen van een BV is bovendien gelegen in het al dan niet veranderlijk zijn ervan. Het kapitaal van de BV kan slechts wijzigen door kapitaalvermindering of kapitaalverhoging. Het vermogen van een BV wisselt daarentegen ieder jaar, afhankelijk van de ondernemingsresultaten van de BV.[26] Het kapitaal ontstaat, met andere woorden, wel door inbreng, maar is geen inbreng.[27]

7.2.4 Kapitaalbescherming

De wetgever heeft van oudsher ingezien dat er vennootschapsrechtelijke maatregelen vereist zijn ter voorkoming van het maken van misbruik van BV's, maar ook ter bescherming van crediteuren van de BV. [28] In dit kader kan allereerst gewezen worden op de wettelijke bepalingen die zijn gericht op de bescherming van het kapitaal c.q. het gebonden vermogen ten behoeve van deze crediteuren: de kapitaalbeschermingsmaatregelen.[29] Deze kapitaalbeschermingsmaatregelen bevorderen dat het kapitaal van de BV een zekere omvang heeft en dat daartegenover reële vermogenswaarden staan. Naast kapitaalbescherming is dus ook kapitaalrealiteit van groot belang: het kapitaal vormt namelijk de kern van het eigen vermogen en voor de schuldeisers van een BV is het uiteraard van belang dat de BV over voldoende eigen vermogen beschikt.[30]

Kapitaalbescherming in een BV is vereist, nu de aandeelhouder op grond van artikel 2:175 lid 1 BW in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor hetgeen in naam van de BV wordt verricht en de aandeelhouder niet gehouden is om in de verliezen bij te dragen boven het bedrag van zijn stortingsplicht. Voor de invoering van de Wet Flex-BV werd vooral door het wettelijk minimum kapitaal ter grootte van € 18.000,- en de verplichting om het bedrag te storten dat overeenkomt met de nominale waarde per aandeel alsmede de wettelijke reserve inzake het minimumkapitaal voorzien in de kapitaalbescherming jegens crediteuren van de BV.[31] Het is echter niet mogelijk om de kapitaalbeschermingsregels zo te formuleren dat zij garanderen dat de BV blijvend over eigen vermogen kan beschikken. Wanneer

26 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 87.
27 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 72.
28 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 13.
29 Zie ook paragraaf 11.3.2.
30 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 73.
31 Kupperman 2012, p. 276.

een BV verliezen maakt, kan het eigen vermogen verloren gaan. De regels van kapitaalbescherming beogen dan ook slechts te bevorderen dat het eigen vermogen niet tot beneden het verplicht bijeengebrachte en bijeengehouden minimum kapitaal zakt als gevolg van uitkeringen aan aandeelhouders en daaraan verwante handelingen.[32]

Van Schilfgaarde categoriseert de kapitaalbeschermingsregels in de algemene regels die het bijeenbrengen van het kapitaal moeten garanderen en de regels van vermogensbescherming. De regels van vermogensbescherming zijn volgens hem te verdelen in: a) regels met betrekking tot het doen van uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden, b) regels met betrekking tot inkoop van eigen aandelen en c) regels met betrekking tot kapitaalvermindering.[33]

Wat betreft de algemene regels van kapitaal- en vermogensbescherming geldt dat deze – na invoering van de Wet Flex-BV – nagenoeg geheel vervallen zijn. Onder deze algemene regels verstaat Van Schilfgaarde: i. het verplicht wettelijk minimumkapitaal, ii. de stortingsplicht, iii. de verplichte bankverklaring en de accountantsverklaring en iv. de Nachgründungsregeling. Het verplicht wettelijk minimumkapitaal is komen te vervallen. Ook aan de stortingsplicht ex artikel 2:191, 191a en 191b BW is een en ander veranderd, met name ten aanzien van storting bij de oprichting in een andere geldeenheid. Bovendien behoeft niet langer een vierde deel van het nominale bedrag bij het nemen van het aandeel te worden gestort, de stortingsplicht kan tegenwoordig geheel worden uitgesteld. Zoals gezien is ook de verplichte bankverklaring bij storting in geld ex artikel 2:203a BW (oud) komen te vervallen, net als de verplichte accountantsverklaring bij storting in natura ex artikel 2:204a BW (oud). Tot slot is de Nachgründungsregeling van artikel 2:204c BW (oud) ook komen te vervallen.

Wat betreft de regels met betrekking tot het doen van uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden is artikel 2:216 BW van belang. Op grond van artikel 2:216 lid 1 BW is de algemene vergadering bevoegd tot dividenduitkering, voor zover het eigen vermogen van de BV groter is dan de wettelijke en/of statutaire reserves. Aan een besluit tot uitkering dient de goedkeuring van het bestuur vooraf te gaan. Het bestuur moet de goedkeuring weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (artikel 2:216 lid 2 BW). Op grond van artikel 2:216 lid 3 BW is een bestuurder aansprakelijk indien hij ten tijde van een uitkering wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de BV na die uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit brengt mee dat een behoorlijk bestuurder in de zin van artikel 2:9 BW voor iedere uitkering

32 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 74.
33 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 74 e.v.

een uitkeringstest zal dienen te verrichten. Bij deze uitkeringstest zal het bestuur alle relevante omstandigheden van het concrete geval dienen af te wegen, zoals de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit van de BV. In het derde lid van artikel 2:216 BW is voor de individuele bestuurder een mogelijkheid tot disculpatie opgenomen, net als in artikel 2:9 BW. De aandeelhouders kunnen – net als de bestuurders – op grond van artikel 2:216 lid 3 BW aansprakelijk worden gesteld in het geval dat de BV na de uitkering niet kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden indien zij dit wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien.[34]

Wat betreft de regels met betrekking tot inkoop van eigen aandelen kan allereerst gewezen worden op het bepaalde in artikel 2:205 BW:

> *'De vennootschap kan geen eigen aandelen nemen.'*

De inkoop van aandelen wordt slechts beperkt toegelaten door artikel 2:207 BW. Ook dit artikel is met de invoering van de Wet Flex-BV aanzienlijk veranderd.[35] In het eerste lid is bepaald dat het bestuur van de BV het beslissingsbevoegde orgaan is ter zake de verkrijging van aandelen in het kapitaal van de BV. Vervolgens wordt bepaald dat verkrijging door de BV van niet-volgestorte aandelen in haar kapitaal nietig is. Net als in artikel 2:216 BW,[36] is in artikel 2:207 BW een vermogens- en uitkeringstoets opgenomen. Het tweede lid van artikel 2:207 BW bepaalt dat de BV geen volgestorte eigen aandelen mag verkrijgen indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de wettelijke en statutaire reserves (de balanstoets) of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (de uitkeringstoets). Voorgaande geldt niet ten aanzien van de verkrijging van volgestorte eigen aandelen om niet.

Een bestuurder kan – net als in geval van artikel 2:216 BW[37] – jegens de BV hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort dat door de verkrijging van de aandelen is ontstaan, indien de BV na die verkrijging (anders dan om niet) niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en indien de bestuurders ten tijde van de verkrijging dit wisten of behoorden te voorzien. Voor de bestuurder is een disculpatiemogelijkheid opgenomen: de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de BV de aandelen heeft verkregen en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen daarvan af te wenden, is niet hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort. Ook de vervreemder van de aandelen die

34 Zie paragraaf 9.3 voor een uitwerking van artikel 2:216 BW. Zie Canisius & Canisius 2014 voor een algehele uiteenzetting inzake artikel 2:216 BW.
35 Kupperman 2012, p. 280.
36 Zie paragraaf 9.3.
37 Zie paragraaf 9.3.

wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de BV na de verkrijging van de aandelen niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is jegens de BV hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de verkrijging van zijn aandelen is ontstaan, voor ten hoogste de verkrijgingsprijs van de door hem vervreemde aandelen. Indien de bestuurders de vordering reeds hebben voldaan, hebben zij een regresrecht op de vervreemder.

Wat betreft de regels met betrekking tot kapitaalvermindering is artikel 2:208 BW van belang. Ingevolge het eerste lid kan de algemene vergadering van een BV besluiten tot vermindering van het geplaatst kapitaal door intrekking van aandelen of door het nominale bedrag van aandelen bij statutenwijziging te verminderen. Het beschermingskarakter van deze bepaling is terug te vinden in het zesde lid: *'op een besluit tot vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen zijn de leden 2 tot en met 4 van artikel 2:216 BW van overeenkomstige toepassing'*. Dit betekent dat een besluit tot vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Hierbij geldt dat het bestuur de goedkeuring slechts weigert indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met betalen van haar opeisbare schulden. Bovendien zullen – indien de BV na de vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden – de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien, hoofdelijk aansprakelijk jegens de BV worden gehouden voor het tekort dat daardoor is ontstaan. Ook degenen die de terugbetaling op de aandelen ontvingen terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de BV na de terugbetaling op de aandelen niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de terugbetaling is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen terugbetaling.

7.2.5 Het nominaal geplaatste aandelenkapitaal

Artikel 2:191 lid 1 BW bepaalt dat de aandeelhouders bij het nemen van een aandeel daarop het nominale bedrag dienen te storten.[38] Het bedrag van het nominaal geplaatste aandelenkapitaal wordt bepaald door de som van de nominale bedragen van de aandelen die aan de aandeelhouders zijn uitgegeven, eventueel vermeerderd met gestort agio.[39] Het nominaal geplaatste aandelenkapitaal wordt ook wel het eigen

38 Bedongen kan overigens worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd, aldus de tweede volzin van artikel 2:191 lid 1 BW.

39 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 97.

vermogen van de vennootschap genoemd. In de balans van een BV is dit ook terug te zien: als de BV alle activa zou verkopen en alle schulden uit de opbrengst daarvan zou afbetalen, zou de resterende waarde toebehoren aan de aandeelhouders.[40]

7.2.6 De verhouding tussen de aandeelhouder en de vennootschap

Zoals gezegd verwijst het kapitaalbegrip in het vennootschapsrecht naar de rechtsbetrekking tussen de BV en de aandeelhouders.[41] Door het nemen van aandelen in een BV verplichten de aandeelhouders zich tot inbreng. Door sommige juristen wordt dit ingebrachte kapitaal gekwalifceerd als een vennootschappelijke schuld van eigen aard.[42] In deze visie hebben de aandeelhouders een vorderingsrecht op de BV ter grootte van het door hen ingebrachte kapitaal. Met andere woorden: het kapitaal (hier: de som van de nominale bedragen van de aandelen) duidt volgens deze opvatting het bedrag aan tot hetwelk de BV zich wegens de inbreng in vennootschappelijke schuldbetrekking jegens haar aandeelhouders stelt.[43] Onder het oude BV-recht werd voor deze opvatting steun gevonden in artikel 2:216 lid 2 BW (oud):

> *'De vennootschap kan aan de aandeelhouder en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen doen voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden gehouden.'*

Onder het oude recht waren BV's verplicht een bepaald deel van het vermogen in vennootschappelijk verband te houden. Met andere woorden: het kapitaal werkte als klem, die het vennootschappelijk vermogen tot een bepaalde omvang bijeen moest houden.[44]

Met de invoering van de Wet Flex-BV is artikel 2:216 lid 2 BW (oud) echter gewijzigd. Het systeem dat uitging van een bepaald kapitaal dat in de BV aanwezig moest zijn, is vervangen door een systeem waarin de geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de BV ten tijde van het doen van uitkeringen.

Maeijer is van mening dat de stelling *'kapitaal is schuld van de vennootschap aan de aandeelhouders'* tot uitdrukking komt in de wijze waarop het kapitaal (eventueel samen met het agio als aparte post geboekt) op de balans wordt geboekt onder de passiva, terwijl daar tegenover de inbreng of vordering tot inbreng op de aandeelhouders onder de activa wordt opgenomen.[45]

---

40 Ross e.a. 1994, p. 24.
41 Mendel & Oostwouder 2013, p. 18.
42 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 97.
43 Mendel & Oostwouder 2013, p. 16.
44 Mendel 2002, p. 18.
45 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 87.

Deze 'vordering' van de aandeelhouder op de BV kan in beginsel niet worden opgeëist (oftewel de schuld kan niet worden gedelgd) gedurende het bestaan van de BV.[46] Het betreft een onlosbare vennootschappelijke schuld.[47] Een uitzondering op deze regel vormt de mogelijkheid tot vermindering van het nominale bedrag van de aandelen met (gedeeltelijke) terugbetaling op die aandelen. Een dergelijk besluit kan niet zomaar worden genomen. Allereerst geldt op grond van artikel 2:208 lid 6 BW, dat (gedeeltelijke) terugbetaling op aandelen slechts toegestaan is voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves welke krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Daarnaast geldt ingevolge artikel 2:216 lid 2 jo. 2:208 lid 6 BW dat het bestuur de goedkeuring aan een dergelijk besluit dient te weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de terugbetaling niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Net als het geval is bij toepassing van artikel 2:216 BW, zal hier een balanstest en uitkeringstest dienen te worden uitgevoerd.[48]

De vordering van de aandeelhouders (ter grootte van het door hen ingebrachte kapitaal) is overigens wel opeisbaar op het moment dat de BV wordt ontbonden. Nadat alle derden-schuldeisers zijn voldaan volgens artikel 2:23b lid 1 BW, bestaat voor de BV de plicht haar 'schuld' aan de aandeelhouders zoveel mogelijk te voldoen. De aandeelhouder is derhalve de meest achtergestelde crediteur van de BV.

Mijns inziens dient het ingebrachte aandeelhouderskapitaal niet als vennootschappelijke schuld te worden gekarakteriseerd. Dit wekt namelijk de onjuiste indruk dat de aandeelhouders een vordering op de BV hebben ter grootte van hun inbreng. Een dergelijke vordering hebben de aandeelhouders echter niet, zo volgt ook uit artikel 2:23b lid 1 BW. Het ingebrachte kapitaal is immers risicodragend van aard, hetgeen tot gevolg heeft dat de waarde van de aandelen afhankelijk is van de winst of het verlies van de BV.[49] Anders gezegd: de aandeelhouders hebben geen vordering op de BV ter grootte van het door hen gestorte kapitaal, maar een vordering ter zake van het overblijvende vermogen in verhouding tot ieders recht, nadat de crediteuren van de BV zijn voldaan. Deze vordering kan dus groter of kleiner zijn dan het bedrag dat zij hebben ingebracht.[50] Ook uit de balans blijkt dat de inbreng geen vennootschappelijke schuld vormt, maar dat het gestorte en opgevraagde gedeelte van het kapitaal – samen met de reserves en de winst – tot het eigen vermogen van de vennootschap behoort, terwijl in het niet opgevraagde deel van het kapitaal latent eigen vermogen aanwezig is.[51] Wanneer men de verhouding tussen de vennootschap en de aandeelhouder op deze wijze benaderd, kan het nominaal aandelenkapitaal dus niet als schuld van de BV – die een turboliquidatie belet – worden aangemerkt.

46 Schwarz & Wessels 1992, p. 36.
47 Van der Heijden/ Van der Grinten & Dortmond 2013, nr. 161.
48 Kupperman 2012, p. 267.
49 Mendel & Oostwouder 2013, p. 16.
50 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 72.
51 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 72.

7.2.7 Het niet-gestorte kapitaal: het obligo

Eén van de belangrijkste plichten van de aandeelhouders jegens de BV is de stortingsplicht. Bij het nemen van een aandeel dient de aandeelhouder daarop het nominale bedrag te storten. De aandeelhouder kan niet worden ontheven van deze storingsplicht, behalve wanneer wordt besloten tot kapitaalvermindering ex artikel 2:208 BW (artikel 2:191 lid 2 BW). Artikel 2:191 lid 1 tweede volzin BW bepaalt dat bedongen kan worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan pas behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het heeft opgevraagd. Deze resterende stortingsplicht wordt aangeduid met de term 'obligo'.[52]

Op grond van artikel 2:193 BW zijn de vereffenaar van de BV (in geval van ontbinding) en de curator (in geval van faillissement) bevoegd tot inning van alle nog niet gedane verplichte stortingen op de aandelen. Deze bevoegdheid bestaat ongeacht hetgeen bij de statuten is bepaald.

Mijns inziens kan het niet-gestorte kapitaal worden aangemerkt als een (voorwaardelijke) bate van de BV. De aandeelhouders kunnen immers niet worden ontheven van de stortingsplicht (buiten het geval van kapitaalvermindering ex artikel 2:208 BW). Dit betekent dat het niet-gestorte kapitaal kan worden aangemerkt als schuld van de aandeelhouders aan de BV en dus als bate van de BV.

Volgens de Hoge Raad is op deze stortingsplicht ingevolge artikel 3:307 lid 1 BW een verjaringstermijn van vijf jaren van toepassing.[53] De Hoge Raad merkt daarmee de volstortingsvordering aan als een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst tot een geven. Niet iedereen kan zich vinden in deze opvatting van de Hoge Raad. Bier is van oordeel dat de stortingsplicht uit de wet voortvloeit en daarom op grond van artikel 3:306 BW een verjaringstermijn van twintig jaren geldt.[54] Hamers en Schwarz zijn van mening dat de volstortingsvordering niet kan verjaren.[55] Zij lijken het met Bier eens te zijn dat – indien er al een verjaringstermijn van toepassing is – artikel 3:306 BW moet worden toegepast in plaats van het door de Hoge Raad aangewezen artikel 3:307 BW, aangezien de stortingsplicht die op de aandeelhouder rust uit de wet voortvloeit. Artikel 3:306 BW formuleert echter een uitzondering op de verjaringstermijn van twintig jaren voor de gevallen waarin de wet anders bepaalt, waarvan in geval van de stortingsplicht sprake is, aldus Hamers en Schwarz. Artikel 2:191 lid 2 BW bepaalt immers dat de aandeelhouder niet van zijn stortingsplicht kan worden ontheven. Ik deel de visie van Hamers en Schwarz. Aangezien artikel 2:191 lid 2 BW van dwingendrechtelijke aard is en kwijtschelding van de

52 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 78.
53 HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004/282 (*De Rijk/Van Roy*).
54 Bier 2004, p. 32-37.
55 Hamers & Schwarz 2004, p. 134-135.

schuld voortvloeiend uit de stortingsplicht of ontheffing van deze plicht nietig is, kan naar mijn mening de stortingsplicht niet verjaren. Ik verwijs hierbij ook naar het eerste zinsdeel van artikel 3:306 BW.

Wanneer een BV wordt ontbonden door middel van een turboliquidatie terwijl een deel van het kapitaal nog niet gestort is, ben ik van mening dat de BV op grond van artikel 2:19 lid 5 BW blijft voortbestaan. Het bestuur van de BV wist of had redelijkerwijs moeten weten dat ten tijde van de ontbinding nog sprake was van niet-gestort kapitaal en had dit niet-gestorte kapitaal dienen op te vragen. Zoals ik in paragraaf 8.5 zal betogen, zullen de schuldeisers van de BV in een dergelijke situatie geen vereffeningsprocedure hoeven te starten teneinde de BV te laten herleven, aangezien de BV nooit is opgehouden te bestaan.

Omdat de BV is blijven voortbestaan, kunnen de schuldeisers niet profiteren van de verlengingsgrond ten aanzien van de verjaring ex artikel 2:23c lid 2 BW, als gevolg waarvan de door de Hoge Raad gehanteerde verjaringstermijn van vijf jaren ertoe kan leiden dat het kapitaal niet meer kan worden opgevraagd. De bate verdwijnt hierdoor en onbetaald gebleven schuldeisers verliezen een verhaalsobject. Een dergelijke dupering van de schuldeisers is niet gewenst en het is dus zaak dat de Hoge Raad zijn opvatting omtrent de verjaringstermijn van de stortingsplicht herziet.

Let wel, bovenstaande speelt alleen een rol wanneer de turbogeliquideerde BV – met een obligo-vordering – schulden aan derden heeft. Wanneer dit niet het geval is, lijkt het opvragen van het obligo zinloos, aangezien dit bedrag vervolgens weer aan dezelfde aandeelhouders moet worden terugbetaald.

7.3 Latente belastingteruggaven

Een latente belastingteruggave werd in een procedure bij het Hof 's-Gravenhage door appellanten aangemerkt als een bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW,[56] hetgeen tot gevolg zou hebben dat het bestaan van een dergelijk recht op belastingteruggave ten tijde van ontbinding leidt tot de theoretische onmogelijkheid tot turboliquidatie van de BV.[57] Het Hof ging echter niet in op dit standpunt van appellanten. Ook Snijder-Kuipers is van mening dat een latente belastingteruggave een bate is in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW.[58] Zij verwijst hierbij naar het hiervoor aangehaalde arrest van het Hof 's-Gravenhage alsmede naar het door de Hoge Raad

56 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012 en Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, r.o. 3.

57 Praktisch gezien is een turboliquidatie in een dergelijke situatie desondanks mogelijk, omdat het oordeel van het bestuur, omtrent het al dan niet aanwezig zijn van baten op het tijdstip van ontbinding, voldoende word geacht, zie Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).

58 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen* art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.

gewezen Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.-arrest.[59] In dit arrest wordt echter niets gesteld noch overwogen met betrekking tot latente belastingteruggaven als baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW.

Mijns inziens kan een latente belastingteruggave niet worden aangemerkt als bate die een turboliquidatie kan bemoeilijken. Pas wanneer de aanspraak op belastingteruggave gematerialiseerd wordt en daarmee per definitie geen latentie meer is, vormt de aanspraak een mogelijke bate. Teneinde mijn standpunt toe te lichten, zal eerst uiteengezet dienen te worden wat een latente belastingteruggave is en hoe deze ontstaat.

Ten aanzien van het ontstaan van een latente belastingteruggave is een aantal fiscale begrippen van belang: de fiscale winst, de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde. In de volgende paragraaf wordt allereerst het begrip belastinglatentie uiteengezet (paragraaf 7.3.1). Daarna komt het begrip 'fiscale winst' aan de orde (paragraaf 7.3.2). Alvorens in te gaan op het verschil tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde (paragraaf 7.3.4), volgt in paragraaf 7.3.3 een uiteenzetting met betrekking tot de balans van een BV. In paragraaf 7.3.5 zal worden geconcludeerd dat slechts een gematerialiseerde belastingaanspraak als bate kan worden aangemerkt. Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijke oplossingen in dit kader: stille verpanding en cessie van de aanspraak op belastingteruggave.

7.3.1 Belastinglatentie

Het begrip belastinglatentie vindt men niet letterlijk terug in de Nederlandse wetgeving, noch in de civiele noch in de fiscale wetgeving. Men kan wel een omschrijving vinden in artikel 2:374 lid 4 BW:

> *'De voorziening voor belastingverplichtingen, die na het boekjaar kunnen ontstaan, doch aan het boekjaar of een voorafgaand boekjaar moeten worden toegerekend, met inbegrip van de voorziening voor belastingen uit waardering boven de verkrijgings- of vervaardigingsprijs kan voortvloeien.'*

Het betreft hier een voorziening voor latente belastingverplichtingen, ook wel passieve belastinglatentie genoemd. De latentie wordt passief genoemd, omdat het op de passiefzijde van de balans dient te worden opgenomen. De passieve belastinglatentie vindt haar oorsprong in het lopende boekjaar of in voorafgaande boekjaren en bestaat uit mogelijke verplichtingen tot het betalen van belasting.[60] Voorbeelden van passieve belastinglatenties zijn: verschuldigde belastingen op herwaarderingsmeerwaarden, verschuldigde belastingen op niet definitief vrijgestelde belastingvrije reserves en de

59 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
60 Deloitte 2010, p. 383.

toepassing van het stelsel van degressieve afschrijvingen.[61] Passieve belastinglatenties worden in de International Accounting Standards 12 (hierna: IAS 12) omschreven als uitgestelde belastingverplichtingen. Ingevolge IAS 12.5 is een uitgestelde belastingverplichting het bedrag van in toekomstige perioden te betalen winstbelastingen met betrekking tot belastbare tijdelijke verschillen. De latente belastingverplichting kan dus worden aangemerkt als transitorische post (oftewel een toerekeningspost) of als voorwaardelijke verplichting.

Een actieve belastinglatentie is een voorwaardelijke belastingvordering: er wordt een actief gevormd voor een belastingclaim die aan het lopende boekjaar (of eerder) wordt toegerekend, maar die eerst in een later jaar wordt gerealiseerd.[62] Voorbeelden van actieve belastinglatenties zijn: nog recupereerbare fiscale verliezen, belaste voorzieningen voor dubieuze crediteuren, belaste voorzieningen voor incourante voorraden en bedrijfseconomisch verantwoorde, maar fiscaal slechts in latere boekjaren recupereerbare afschrijvingexcedenten.[63] Actieve belastinglatenties worden in de IAS 12 omschreven als uitgestelde belastingvorderingen. Ingevolge IAS 12.5 is een uitgestelde belastingvordering het bedrag van in toekomstige perioden terug te vorderen winstbelastingen met betrekking tot: (a) verrekenbare tijdelijke verschillen, (b) voorwaartse compensatie van niet-gecompenseerde fiscale verliezen en (c) voorwaartse compensatie van ongebruikte fiscaal verrekenbare tegoeden. Ook de latente belastingvordering kan dus worden gezien als transitorische post.

Latente belastingvorderingen kunnen in de toekomst worden gerealiseerd door het verrekenen van verliezen uit het verleden met in opvolgende jaren gerealiseerde winsten (voorwaartse verliesverrekening of 'carry forward') of bij het terugnemen van verschillen tussen fiscale en commerciële boekwaarden die zich alsdan realiseren als verliezen en vervolgens via achterwaartse verliesverrekening ('carry back') kunnen worden benut.[64] Wanneer een BV echter wordt ontbonden, kan geen voorwaartse verliesverrekening plaatsvinden; de latente belastingvordering verdwijnt als het ware. Wel zou de latente belastingvordering voorafgaand aan de ontbinding in sommige gevallen kunnen worden gerealiseerd door achterwaartse verliesverrekening. Achterwaartse verliesverrekening is mogelijk wanneer de BV over het laatste (verkorte) boekjaar verlies heeft geleden, terwijl het daaraan voorafgaande jaar door de BV winst is behaald. Op grond van artikel 21 Wet VPB 1969 (hierna: VPB) kunnen verliezen in de vennootschapsbelasting slechts worden verrekend met winst uit het *voorgaande* jaar.

61 Rombaut 2004, p. 219.
62 Deloitte 2010, p. 383.
63 Rombaut 2004, p. 219.
64 Deloitte 2010, p. 383.

7.3.2 De fiscale winst

De winst van een BV is belast met vennootschapsbelasting, aldus artikel 2 lid 1 sub a jo. artikel 7 jo. artikel 8 Wet VPB 1969. In artikel 2 lid 1 sub a VPB is namelijk bepaald dat *'als binnenlandse belastingplichtigen aan de belasting onderworpen zijn de in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.'*

Uit artikel 7 VPB volgt dat belasting wordt geheven naar het belastbare bedrag, waaronder wordt verstaan de in een jaar genoten belastbare winst verminderd met de te verrekenen verliezen als bedoeld in Hoofdstuk IV VPB. Het derde lid van voormeld artikel bepaalt vervolgens dat de belastbare winst de winst is verminderd met de aftrekbare giften. Artikel 8 VPB bepaalt tot slot dat de winstbepaling in de Wet VPB 1969 in beginsel de winstbepaling in de Wet IB 2001 volgt; uit het eerste lid van artikel 8 VPB volgt namelijk dat de winst wordt opgevat en bepaald aan de hand van enkele expliciet genoemde artikelen uit de Wet IB 2001. De genoemde artikelen uit de Wet IB 2001 zijn echter niet onverkort van toepassing. Door het verschil in wezen tussen een natuurlijke persoon (waarop de Wet IB 2001 ziet) en een aan de heffing van de vennootschapsbelasting onderworpen entiteit kan een expliciet genoemde wettelijke bepaling toch buiten toepassing blijven.[65] De omschrijving van de totale winst voor de vennootschapsbelasting vindt men in artikel 3.8 Wet IB 2001:

> *'Het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.'*

De fiscale winst wordt in de praktijk in beginsel bepaald aan de hand van een vermogensvergelijking:

> *'De totale winst wordt gekwantificeerd door het objectieve waardeverschil tussen het begin- en het eindvermogen van de onderneming, vermeerderd met de gedurende de gehele bestaansperiode van het lichaam plaatsgevonden hebbende onttrekkingen en verminderd met de kapitaalstortingen. Onder het begrip 'onttrekkingen' vallen zowel de terugbetalingen van kapitaal als de winstuitkeringen door het lichaam. De kapitaalstortingen door de verschaffers van eigen vermogen (bij de NV/BV zijn dat de aandeelhouders) en de onttrekkingen van vermogen ten behoeve van deze vermogensverschaffers als zodanig vat men samen onder de benaming: mutaties in het kapitaalverkeer. Overtreffen de kapitaalstortingen de onttrekkingen dan is het saldo van de*

65 Heithuis & Van den Dool 2010, p. 41.

> *mutaties in het kapitaalverkeer positief; in het omgekeerde geval is dit saldo negatief. Doordat de geconstateerde vermogenstoename van het lichaam wordt gecorrigeerd met het saldo van de kapitaalmutaties, worden deze mutaties dus uit de winst geëlimineerd.* [66]

Anders gezegd, allereerst wordt de vermogensmutatie vastgesteld, hetgeen plaatsvindt door het eindvermogen in een bepaald jaar te verminderen met het beginvermogen van datzelfde jaar. Deze vermogensmutatie dient als uitgangspunt voor de bepaling van de winst. Vervolgens wordt de vermogensmutatie gecorrigeerd met de kapitaalstortingen en de kapitaalonttrekkingen welke tussentijds ten gunste respectievelijk ten laste van de BV hebben plaatsgevonden. Uitzondering hierop vormt het kapitaalverkeer tussen de aandeelhouders en participanten enerzijds en de BV als zelfstandig lichaam anderzijds. Dergelijke kapitaalstortingen (men denke aan emissie van aandelen)[67] en kapitaalonttrekkingen (men denke aan dividenduitkeringen)[68] verhogen respectievelijk verlagen immers de winst – fiscaal bezien – niet.

7.3.3 De balans van een BV

De balans van een BV is een momentopname van het vermogen van die BV. Een balans geeft – beknopt gezegd – een overzicht van wat een BV bezit (de activa), wat de BV aan schulden heeft uitstaan (het vreemd vermogen) en het verschil tussen beiden (het eigen vermogen). De bezittingen van de BV (inclusief de vorderingen) – oftewel de activa – worden aan de linkerzijde van de balans opgesomd. De verplichtingen van de BV (het vreemd vermogen en het eigen vermogen, oftewel de passiva) worden aan de rechterzijde van de balans opgesomd.[69] De hoofdindeling van de balans is opgenomen in artikel 2:364 BW. De activa worden onderscheiden in vaste en vlottende activa, al naar gelang zij bestemd zijn om de uitoefening van de werkzaamheden van de BV al dan niet duurzaam te dienen. Vaste activa hebben een relatief lange levensduur (langer dan één jaar). Vlottende activa hebben een relatief korte levensduur van minder dan één jaar. Dit betekent dat de vlottende activa binnen één jaar worden omgezet in liquide middelen. Men kan hierbij denken aan voorraden, kasmiddelen en vorderingen.[70]

Het tweede lid van artikel 2:364 BW bepaalt dat onder de vaste activa afzonderlijk worden opgenomen de immateriële, materiële en financiële vaste activa. Het derde lid van artikel 2:364 BW bepaalt vervolgens dat onder de vlottende activa afzonderlijk worden opgenomen de voorraden, vorderingen, effecten, liquide middelen, en, voor zover zij niet onder de vorderingen zijn vermeld, de overlopende activa.

---

66 Strik & De Vries 2010, p. 79.
67 Heithuis & Van den Dool 2010, p. 42.
68 Heithuis & Van den Dool 2010, p. 42.
69 Ross e.a. 1994, p. 23 en Mendel & Oostwouder 2013, p. 85.
70 Ross e.a. 1994, p. 24.

De passiva worden in het vierde lid van artikel 2:364 BW onderverdeeld in het eigen vermogen, de voorzieningen, de schulden en, voor zover zij niet onder de schulden zijn vermeld, de overlopende passiva. De schulden worden onderverdeeld in kortlopende en langlopende schulden, waarbij de kortlopende schulden een levensduur van minder dan één jaar hebben en langlopende schulden niet binnen één jaar vervallen. Bij kortlopende schulden kan men denken aan crediteuren, terwijl men bij langlopende schulden kan denken aan langlopende leningen bij een bank.[71]

De artikelen 2:365 e.v. BW vermelden voorts waarin de immateriële vaste activa, de materiële vaste activa, de financiële vaste activa, de vlottende activa en de passiva dienen te worden onderscheiden.

Het verschil tussen de vlottende activa en de kortlopende schulden wordt ook wel het netto-werkkapitaal van de BV genoemd. Het netto-werkkapitaal van een BV is positief wanneer de vlottende activa groter zijn dan de kortlopende schulden. Wanneer dit het geval is, betekent dit dat het komende jaar meer geld beschikbaar zal zijn dan dat er in datzelfde jaar moet worden betaald. Het netto-werkkapitaal is bij een gezonde onderneming dan ook veelal positief.[72] Wanneer deze voor de bedrijfseconomische balans geldende minimumvoorschriften worden toegepast, ziet de hoofdindeling van de balans van een BV er – gesimplificeerd weergegeven – als volgt uit:

Activa	**Passiva**
Vaste activa	*Eigen vermogen (artikel 2:373 BW)*
– immateriële vaste activa (artikel 2:365 BW)	– geplaatst kapitaal
– materiële vaste activa (artikel 2:366 BW)	– agio
– financiële vaste activa (artikel 2:367 BW)	– herwaarderingsreserve
	– wettelijke reserves en statutaire reserves
	– overige reserves

71 Ross e.a. 1994, p. 23.

72 Ross e.a. 1994, p. 25.

Activa	**Passiva**
Vlottende activa – voorraden (artikel 2:369 BW) – vorderingen (artikel 2:370 BW) – effecten (artikel 2:371 BW) – liquide middelen (artikel 2:372 BW)	*Voorzieningen (artikel 2:374 BW)* – de voorziening voor belastingverplichting, die na het boekjaar kunnen ontstaan, doch aan het boekjaar of een voorafgaand boekjaar moeten worden toegerekend, met inbegrip van de voorzieningen voor de belastingen die uit waardering boven de verkrijgings- of vervaardigingsprijs kan voortvloeien – de voorziening voor pensioenverplichtingen – overige voorzieningen
	Langlopende schulden (artikel 2:375 BW)
	Kortlopende schulden (artikel 2:375 BW)

De hiervoor opgesomde voorschriften met betrekking tot de indeling van de balans zijn te beschouwen als minimumvoorschriften. Dit betekent dat wanneer voor een behoorlijk inzicht in de vermogenspositie en het jaarresultaat een verdere detaillering dan wettelijk is voorgeschreven, vereist is, de jaarrekening deze dient te bevatten.[73] In artikel 2:362 lid 4 BW is zelfs bepaald dat – wanneer dit noodzakelijk is voor het verschaffen van een juist inzicht – van de bijzondere wettelijke voorschriften dient te worden afgeweken. In een dergelijk geval dient de reden van de afwijking in de toelichting uiteengezet te worden. De balans dient een getrouwe weergave van de omvang van het vermogen te behelzen (het getrouwheidsvereiste).[74] Juist omdat de balans een dergelijke getrouwe weergave van het vermogen van de BV dient te verschaffen, dienen latente belastingteruggaven in beginsel te worden opgevoerd als actief. Ingevolge IAS 12.24 jo. 12.34 dient een actief op de balans te worden opgevoerd indien het waarschijnlijk is dat er fiscale winst beschikbaar zal zijn waarmee het verrekenbare tijdelijke verschil respectievelijk de niet-gecompenseerde fiscale verliezen en ongebruikte fiscaal verrekenbare tegoeden kunnen worden verrekend. Dit betekent dat slechts een latente belastingteruggave als actief op de balans mag worden opgevoerd wanneer de BV *over voldoende belastbare*

73 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 326.

74 Zie artikel 3:264 lid 2-4 BW en Slagter/Assink 2013 (Deel 2), nr. 131.1.

tijdelijke verschillen beschikt of als er andere overtuigende aanwijzingen zijn dat er voldoende fiscale winst beschikbaar zal zijn waarmee de niet-gecompenseerde fiscale verliezen of ongebruikte fiscaal verrekenbare tegoeden kunnen worden verrekend door de entiteit (IAS 12.35).[75]

De balans van een BV is voor vele actoren van belang en heeft zowel interne als externe functies. [76]

7.3.4 Het verschil tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde

Teneinde de winst over een bepaald jaar vast te stellen, wordt een balans opgemaakt.[77] Tussen de in de balans opgenomen cijfers en de daadwerkelijk voor de Ontvanger van belang zijnde cijfers (in het kader van de belastingheffing over de winst) kunnen echter verschillen bestaan, als gevolg waarvan latente belastingverplichtingen of -vorderingen ontstaan.[78] Ik doel dan op het verschil tussen de boekwaarde opgenomen in de balans (oftewel de bedrijfseconomische boekwaarde) en de fiscale boekwaarde. De bedrijfseconomische boekwaarde wordt bepaald aan de hand van maatschappelijk aanvaardbare normen (artikel 2:362 lid 1 BW) en de fiscale boekwaarde conform goedkoopmansgebruik (artikel 3.25 Wet IB 2001). De verschillen tussen beiden zijn verklaarbaar door het feit dat de bedrijfseconomische winstbepaling en de fiscale jaarwinstberekening een verschillende doelstelling hebben.[79] De bedrijfseconomische jaarrekening dient er namelijk toe een verantwoord oordeel te kunnen geven over het binnen de BV gevoerde financiële beleid, met als resultante de bepaling van de uitkeerbare winst. De fiscale jaarstukken dienen daarentegen tot de bepaling van de fiscale jaarwinst, op grond waarvan de verplichting tegenover de Ontvanger tot het betalen van belasting wordt vastgesteld.[80]

Ingevolge IAS 12.24 dienen voor verrekenbare tijdelijke verschillen tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde (in die zin dat de fiscale boekwaarde van het actief groter is dan de bedrijfseconomische boekwaarde) een uitgestelde belastingvordering (oftewel een latente belastingteruggave) te worden opgenomen op de balans, in zoverre het waarschijnlijk is dat er fiscale winst beschikbaar zal zijn waarmee het verrekenbare tijdelijke verschil kan worden verrekend.

---

75 Zie ook Van der Zanden in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 28 december 2007, *JOR* 2008/38 (*Spyker*).

76 Ross e.a. 1994, p. 27 en 74.

77 Dit is de *dynamische balansopvatting,* zie Van der Heijden 2006, p. 132.

78 Deloitte 2010, p. 383.

79 Zie anders Van der Zanden in zijn proefschrift, waarin hij de stelling inneemt dat het verschil tussen de fiscale enbedrijfseconomische waarderingsgrondslagen geen basis kunnen vinden in een verschil in de doelstelling van van de winstbepalingen; Van der Zanden 1991.

80 Sillevis & Van Kempen 2010, p. 219-220.

Verschillen tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde kunnen ontstaan als gevolg van het hanteren van verschillende (her)waarderingsmethoden. Bepaalde activa mogen op de bedrijfseconomische balans worden geboekt tegen reële waarde of mogen worden geherwaardeerd zonder dat er voor belastingdoeleinden een equivalente aanpassing wordt gemaakt. Er ontstaat dan een verrekenbaar tijdelijk verschil indien de fiscale boekwaarde van het actief groter is dan de bedrijfseconomische boekwaarde.[81]

Voorbeelden van passiva die leiden tot verrekenbare tijdelijke verschillen ten behoeve waarvan op de balans een voorziening dient te worden getroffen in de vorm van latente belastingteruggave zijn pensioenlasten en onderzoekskosten:

> *'pensioenlasten mogen worden afgetrokken van de commerciële winst in de periode waarin de werknemer in dienst is, maar mogen slechts in mindering worden gebracht van de fiscale winst op het moment dat de entiteit bijdragen betaalt aan een pensioenfonds of wanneer de pensioenuitkeringen door de entiteit worden uitbetaald. Er is een tijdelijk verschil tussen de boekwaarde van de verplichting en haar fiscale boekwaarde; de fiscale boekwaarde van de verplichting is gewoonlijk nihil. Een dergelijk verrekenbaar tijdelijk verschil leidt tot een uitgestelde belastingvordering omdat economische voordelen naar de entiteit zullen vloeien in de vorm van een verlaagde fiscale winst bij de betaling van bijdragen of pensioenuitkeringen.'*[82]

respectievelijk:

> *'onderzoekskosten worden als last opgenomen bij de bepaling van de commerciële winst in de periode waarin ze zijn ontstaan, maar mogen pas in een latere periode in mindering worden gebracht bij de bepaling van de fiscale winst (het fiscaal verlies). Het verschil tussen de fiscale boekwaarde van de onderzoekskosten, zijnde het bedrag dat de belastingautoriteiten toestaan als aftrekpost in toekomstige perioden, en de boekwaarde van nihil is een verrekenbaar tijdelijk verschil dat leidt tot een uitgestelde belastingvordering.'*[83]

Wanneer latente belastingvorderingen ontstaan als gevolg van het verschil tussen de bedrijfseconomische boekwaarde en de fiscale boekwaarde, bestaat de mogelijkheid om deze bedragen in de toekomst te verrekenen via voorwaartse verliescompensatie of achterwaartse verliescompensatie.[84] Wanneer een BV echter wordt ontbonden, kan geen voorwaartse verliescompensatie plaatsvinden, waardoor het recht op latente belastingteruggave als het ware verdwijnt. Wel zou achterwaartse verliesverrekening

81 Zie IAS 12.26.d.
82 IAS 12.26.a.
83 IAS 12.26.b.
84 Deloitte 2010, p. 383.

mogelijk zijn, wanneer de BV over het laatste (verkorte) boekjaar verlies heeft geleden en het daaraan voorafgaande jaar winst heeft behaald, waardoor het recht op latente belastingteruggave kan worden gerealiseerd.

7.3.5 Het gematerialiseerde recht op belastingteruggave

Op grond van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat een latente belastingteruggave slechts een actief op de bedrijfseconomische balans is voor wat betreft verrekenbare tijdelijke verschillen. Met andere woorden: de belastinglatentie is geen vordering, maar een op de balans opgenomen realistische schatting van een in de toekomst te ontvangen of te verrekenen belasingteruggave. Wanneer het recht wordt gematerialiseerd, is per definitie geen sprake meer van een belastinglatentie, maar recht op belastingteruggave. Een gematerialiseerd recht op belastingteruggave kan mijns inziens wel worden aangemerkt als bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW.[85] Wanneer een BV over een dergelijk recht beschikt en over wenst te gaan tot turboliquidatie, zou overwogen kunnen worden het recht op de belastingteruggave – nog voordat deze daadwerkelijk kan worden verrekend of kan worden aangewend ter voorwaarts verliescompensatie – te cederen of te verpanden.[86] Cessie en/of verpanding van een belastingteruggave is mogelijk vanaf het moment waarop de materiële belastingvordering ontstaat. De Hoge Raad heeft ten aanzien van een belastingschuld overwogen dat deze materieel reeds bestaat voordat de aanslag is geformaliseerd. Volgens de Hoge Raad ontstaat de schuld uit de wet, niet uit de aanslag. Dit geldt ook analoog voor een belastingvordering.[87] Omdat cessie en verpanding van gematerialiseerde belastingvorderingen – en als gevolg daarvan een beperking van de Ontvangers verrekeningsmogelijkheden – steeds vaker voorkwamen, is artikel 24 lid 4 IW ingevoerd. Het omvangrijke vierde lid van artikel 24 IW luidt als volgt:

> *'Verrekening is niet mogelijk met betrekking tot een door de ontvanger uit te betalen bedrag indien deze vordering door de gerechtigde onder bijzondere titel is overgedragen, mits de ontvanger met de overdracht heeft ingestemd. Verrekening is voorts niet mogelijk met betrekking tot een door de ontvanger uit te betalen bedrag indien op deze vordering een pandrecht als bedoeld in artikel 239 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is gevestigd, mits de ontvanger op het tijdstip waarop het pandrecht hem wordt medegedeeld met het pandrecht heeft ingestemd. De ontvanger is verplicht bij de beschikking met de overdracht of het pandrecht in te stemmen indien op het tijdstip van de mededeling van de akte van overdracht of van het pandrecht ten name van de belastingschuldige geen voor verrekening vatbare schuld invorderbaar is. De ontvanger kan bij beschikking instemmen*

85 Zie ook Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2015, *JOR* 2015/182, m.nt. School en noot Vergouwen & Van der Kraan bij HR 's-Gravenhage 11 januari 2013, *JIN* 2013/28.

86 Vetter e.a. 2009, p. 111.

87 HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 68 (*Kramer q.q./NMB*).

> *met de overdracht of het pandrecht weigeren. De ontvanger maakt de beschikking bekend door middel van een gedagtekende kennisgeving waarin, bij weigering tot instemming met de overdracht of het pandrecht, de grond is vermeld waarop de weigering berust.'*

Ingevolge artikel 24 lid 4 IW is verrekening van belastingteruggaven – die gecedeerd of stil verpand zijn – niet mogelijk indien de Ontvanger niet met de cessie of met de vestiging van het stil pandrecht heeft ingestemd.[88] In geval van de stille verpanding dient de Ontvanger op het tijdstip waarop het pandrecht hem wordt medegedeeld met de vestiging van het pandrecht te hebben ingestemd. Wanneer op het tijdstip van de mededeling van de akte van overdracht of van de vestiging van het pandrecht ten name van de belastingschuldige BV geen voor verrekening vatbare schuld invorderbaar is, is de Ontvanger verplicht bij beschikking met de overdracht (of het pandrecht) in te stemmen.

In hoeverre cessie dan wel stille verpanding van een gematerialiseerd recht op belastingteruggave (bij voorbaat) mogelijk is in geval van turboliquidatie, zal hieronder worden bezien.

7.3.5.1 Cessie van een een recht op belastingteruggave

Wanneer men wil vaststellen of cessie van gematerialiseerd recht op belastingteruggave in geval van turboliquidatie mogelijk is, dient allereerst te worden beoordeeld hoe een dergelijke belastingteruggave volgens de algemene civielrechtelijke regels dient te worden aangemerkt. Dat een recht op belastingteruggave (een fiscale vordering) een vermogensrecht is, is mijns inziens duidelijk; een zaak is namelijk *'een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object'* (artikel 3:2 BW), terwijl vermogensrechten in artikel 3:6 BW worden omschreven als *'rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'*.

Ten aanzien van rechten (waaronder ook vorderingen) kan een onderscheid worden gemaakt tussen rechten aan toonder of order en rechten op naam, welk onderscheid hoofdzakelijk van belang is voor de wijze van overdracht. Alle rechten die niet aan order of toonder luiden, zijn rechten op naam.[89] Een duidelijkere omschrijving van vorderingen op naam is de volgende:

> *'De conventionele vordering is een vordering op naam: bijvoorbeeld een vordering uit koopovereenkomst, uit geldlening, uit onverschuldigde betaling of uit onrechtmatige daad. Op naam betekent daarom niet dat de vordering ergens zou zijn geregistreerd of iets dergelijks.'*[90]

88 Vanwege dit vereiste is een stille cessie van een belastingvordering nimmer mogelijk.
89 Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 55-56.
90 Reehuis e.a. 2006, nr. 250.

Kortom; de vordering op naam is een vordering die niet belichaamd is in een order- of toonderpapier, maar toekomt aan een vaste – voor de schuldenaar met name bekende – persoon.[91] De fiscale vordering (hier: het recht op belastingteruggave) wordt gezien als een dergelijke vordering op naam.[92]

Cessie van een fiscale vordering is mogelijk doordat in artikel 3:83 lid 1 BW is bepaald dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet. Voorwaarde voor een rechtsgeldige openbare cessie is, ingevolge artikel 3:94 lid 1 BW, een authentieke of onderhandse akte alsmede mededeling van deze overdracht door het bestuur van de BV aan de Ontvanger. Zowel de (authentieke of onderhandse) cessieakte als de mededeling van de cessie zijn constitutieve voorwaarden voor een rechtsgeldige cessie.

Naast de artikelen 3:83 lid 1 en 3:94 BW is ook artikel 3:84 BW van belang: als algemene vereisten voor de overdracht geldt dat sprake moet zijn van een geldige titel van overdracht, een geldige levering – in dit geval een levering ex artikel 3:94 BW – en dat de overdrager ten aanzien van de vordering op de Ontvanger beschikkingsbevoegd is.

Omdat een recht op belastingteruggave een toekomstige belastingteruggave – en dus een toekomstige vordering – is, moet ook aan artikel 3:97 BW worden voldaan. Artikel 3:97 BW bepaalt dat cessie kan plaatsvinden van alle toekomstige vorderingen die de vervreemder (hier: de BV) op een bepaalde schuldenaar (hier: de Ontvanger) zal verkrijgen. Dit betekent dat voor een geldige overdracht van een recht op belastingteruggave niet vereist is dat de rechtsverhouding reeds ten tijde van de overdracht bestaat. Wel geldt ingevolge artikel 3:84 lid 2 BW dat de (over te dragen) vordering ten tijde van de overdracht voldoende bepaalbaar is, aan welk vereiste in de praktijk geen hoge eisen worden gesteld.[93]

Tot slot is het bepaalde in artikel 24 lid 4 IW van belang: het vereiste van instemming door de Ontvanger met een overdracht heeft derdenwerking, hetgeen tot gevolg heeft dat pas van een rechtsgeldige overdracht kan worden gesproken op het moment dat de Ontvanger daarmee heeft ingestemd.[94]

Niets staat er dus aan in de weg om een fiscale vordering te cederen in geval van turboliquidatie van een BV. Wanneer deze cessie echter anders dan om niet geschiedt, dient men er rekening mee te houden dat dit wederom een bate kan opleveren. Cessie om niet kan daarentegen onder omstandigheden als een paulianeuze rechtshandeling

91 Reehuis e.a. 2006, nr. 255.
92 Tekstra 2011, onder 6.3.1.
93 De Vakstudie Invorderingswet, artikel 24 IW, aantekening 15.12.
94 Tekstra 2011, onder 6.3.1.

worden gezien. Naar mijn mening vormt cessie van het recht op belastingteruggave dan ook geen goede oplossing in geval van een voorgenomen turboliquidatie.

7.3.5.2 Stille verpanding van een recht op belastingteruggave

Ook in geval van stille verpanding van een fiscale vordering zijn de algemene civielrechtelijke regels van belang. Wederom geldt dat stille verpanding van een fiscale vordering (een vordering op naam) mogelijk is doordat in artikel 3:83 lid 1 BW is bepaald dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet. Via de schakelbepaling van artikel 3:98 BW geldt deze bepaling ook voor de stille verpanding.

Ten aanzien van de stille verpanding zijn de regels van artikel 3:239 e.v. BW van toepassing. Een stil pandrecht kan ingevolge het eerste lid van artikel 3:239 BW worden gevestigd bij authentieke of onderhandse akte, zonder mededeling daarvan. Een voorwaarde die daarbij wordt gesteld is dat het recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. Hiermee is het bepaalde in artikel 3:97 BW betreffende toekomstige vorderingen niet van toepassing op stille verpanding. Dit is ook mogelijk doordat in de schakelbepaling van artikel 3:98 BW de beperking *'tenzij de wet anders bepaalt'* is opgenomen.

Stille verpanding is – in tegenstelling tot cessie – in geval van een turboliquidatie niet mogelijk, omdat voor een rechtsgeldig stil pandrecht vereist is dat ofwel de vordering op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat ofwel dat de vordering rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding, aldus artikel 3:239 lid 1 BW. Ingevolge artikel 24.6.2. Leidraad Invordering 2008 is stille verpanding dus slechts mogelijk vanaf het moment dat de aanspraak op teruggaaf van het saldo van positieve en negatieve elementen van de belastingaanslag of de teruggaafbeschikking materieel vaststaat. Dit is op zijn vroegst het geval na het einde van het jaar of tijdvak waarop de teruggaaf betrekking heeft.

7.4 Samenvatting en conclusie

De letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW stelt slechts één voorwaarde aan de turboliquidatie van de BV: ten tijde van de ontbinding mogen er geen baten meer bestaan binnen de BV.

Door sommigen wordt het nominaal aandelenkapitaal alsook de latente belastingteruggave aangemerkt als bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW. Ik kan mij hier niet in vinden. Het aandelenkapitaal kan mijns inziens niet als bate worden aangemerkt, omdat het geen activum, maar een passivum van de BV is. Bovendien kan

het aandelenkapitaal niet worden aangemerkt als schuld van de BV, omdat de aandeelhouders geen vordering hebben op de BV ter grootte van hun inbreng conform de nominale waarde van hun aandelen (hetgeen ook volgt uit artikel 2:23b lid 1 BW).

Het niet-gestorte deel van het kapitaal van een BV kan daarentegen wel als bate worden aangemerkt, nu de aandeelhouders – behoudens een kapitaalvermindering ex artikel 2:208 BW – niet kunnen worden ontheven van hun stortingsplicht.

Een latente belastingteruggave kan niet als bate worden aangemerkt, omdat het geen vordering maar een voorziening betreft. Pas vanaf het moment dat het recht op belastingteruggave wordt gematerialiseerd – en daarmee niet langer latent is – zou het als bate een turboliquidatie kunnen bemoeilijken.

Hoofdstuk 8

DE HERLEVING VAN EEN TURBOGELIQUIDEERDE BV

8.1 Inleiding

Het gevaar van een turbogeliquideerde BV schuilt in het feit dat deze kan herleven. Wanneer achteraf blijkt dat de turboliquidatie onterecht heeft plaatsgevonden (omdat er ten tijde van ontbinding nog baten binnen de BV aanwezig waren) of alsnog een bate – na ontbinding – ontstaat, heeft een schuldeiser de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken de vereffening te heropenen op grond van artikel 2:23c lid 1 BW.

Omdat de oude wettekst[1] van het huidige artikel 2:23c lid 1 BW tot 1994 anders luidde, verdient een en ander hier aandacht. De oude tekst luidde als volgt:

> *'Indien achteraf nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen (...).'*

Een tekstuele interpretatie van deze wettekst brengt mee dat de vereffening destijds niet zou kunnen worden heropend wanneer een turboliquidatie had plaatsgevonden, nu in een dergelijke situatie geen vereffening aan de orde zou zijn geweest. In de parlementaire stukken werd daarom aangegeven dat toepassing van deze bepaling denkbaar was in het geval dat er na de ontbinding geen eigenlijke vereffening had plaatsgevonden, omdat de rechtspersoon bij de ontbinding (ogenschijnlijk) geen activa (meer) had.[2] Ook uit jurisprudentie uit die periode volgt dat heropening van de vereffening ook mogelijk was in geval van een turbogeliquideerde BV.[3] Hieruit blijkt dat het fenomeen turboliquidatie reeds voor de codificatie in 1994 werd toegepast in de

1 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 2 (Voorstel van wet).
2 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 24.
3 HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992, 132, m.nt. Maeijer, r.o. 3.2.

praktijk.[4] Teneinde (wettelijke) duidelijkheid hieromtrent te creëren, is bij de wetswijziging van 1994 artikel 2:23c lid 1 BW ingevoerd, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat wanneer geen vereffening heeft plaatsgevonden, de vereffening alsnog kan worden bevolen. Dit volgt, aldus de parlementaire geschiedenis,[5] uit de wijziging van het woord *'achteraf'* in *'na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan'*, hetgeen verwijst naar artikel 2:19 lid 4 BW. Merkwaardig in dit kader is dat – ondanks deze aanwijzingen dat 2:23c lid 1 BW ook kan worden toegepast na een turboliquidatie – Nethe er in haar noot bij een arrest van het hof 's-Gravenhage vanuit gaat dat een beroep op artikel 2:23c lid 1 BW niet mogelijk is na toepassing van artikel 2:19 lid 4 BW:

> *'Het beroep op deze bepaling* [artikel 2:23c lid 1 BW] *kan ik niet volgen. Naar mijn mening speelt deze bepaling geen rol, omdat er na de turboliquidatie – dus een vrijwillige ontbinding – geen formele vereffeningstoestand is geweest (noch in, noch buiten faillissement) waardoor van een heropening van enig formele vereffening geen sprake is.'*[6]

Mijns inziens kan artikel 2:23c lid 1 BW wel degelijk worden toegepast na een turboliquidatie. Deze mogelijkheid staat immers beschreven in de parlementaire geschiedenis bij het huidige artikel 2:23c lid 1 BW:

> *'In de memorie van antwoord van wetsvoorstel 17 725, blz. 24, (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (zesde gedeelte), bevattende aanpassing van de Boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek) is gesteld dat toepassing van de bepaling denkbaar is in het geval dat er na de ontbinding geen eigenlijke vereffening heeft plaatsgevonden, omdat de rechtspersoon bij de ontbinding (ogenschijnlijk) geen activa (meer) had. In dit wetsvoorstel is voor de duidelijkheid uitdrukkelijk bepaald dat als geen vereffening had plaatsgevonden, alsnog de vereffening bevolen kan worden. Dit volgt uit de wijziging van het woord «achteraf» in na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan. Dit laatste verwijst naar artikel 19 lid 4.'*[7]

4 Zie ook o.a. Zie o.a. M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon,* Deventer: Kluwer 2015, nr. 380 en *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

5 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

6 Zie noot Nethe bij Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, m.nt. Nethe.

7 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

De tekst van artikel 2:23c lid 1 BW spreekt over *heropening van de vereffening,* hetgeen een ongelukkige woordkeuze van de wetgever is. In geval van een turbogeliquideerde BV heeft er immers geen vereffening plaatsgevonden. Er zal in een dergelijk geval dus geen vereffening worden *heropend,* maar worden *geopend*.[8]

De herleving van een turbogeliquideerde BV door middel van heropening van de vereffening wordt uitgewerkt in paragraaf 8.2. Hierbij wordt ingegaan op de betekenis van het begrip 'bate' in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW (paragraaf 8.2.1) en de stelplicht en bewijslast in deze (paragraaf 8.2.2). Vervolgens wordt de werking van artikel 2:19 lid 5 BW (paragraaf 8.3.1), alsmede de betekenis van het herlevingsfenomeen besproken (paragraaf 8.3.2). Vervolgens wordt in paragraaf 8.4 onderzocht of er een alternatief bestaat voor de heropeningsprocedure van artikel 2:23c lid 1 BW in situaties waarin de algemene vergadering van de BV – die is ontbonden via een turboliquidatie – terug wenst te komen op het door haar genomen ontbindingsbesluit, omdat achteraf blijkt van het bestaan van een te vereffenen bate.

Wanneer een BV via een turboliquidatie wordt ontbonden terwijl ten tijde van ontbinding nog baten bestonden, er wordt dus ten onrechte turbogeliquideerd, leidt dit tot een frictie tussen het vierde en vijfde lid van artikel 2:19 BW. De BV houdt op te bestaan, maar bestaat voort, welke innerlijke tegenstrijdigheid interessante vragen doet rijzen. Alhoewel de frictie tussen deze twee leden van hetzelfde wetsartikel interessant is, rijst een voor schuldeisers belangrijkere vraag: dienen zij een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW in te stellen teneinde de BV te laten herleven en in rechte te kunnen betrekken of is dit niet vereist, omdat de BV ex artikel 2:19 lid 5 BW is blijven voortbestaan? Deze problematiek staat in paragraaf 8.5 centraal.[9]

Naast de heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW kan een turbogeliquideerde BV ook herleven indien sprake is van een (later opkomende) bate en bovendien aan de vereisten voor faillissement is voldaan. In dergelijke situaties wordt er vanuit gegaan dat de BV is blijven voortbestaan ter afwikkeling van het faillissement.[10] Ook ten aanzien van deze wijze van herleving van een turbogeliquideerde BV bestaan onduidelijkheden, met name aangaande de al dan niet limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW en de bewoordingen van de Hoge Raad met betrekking tot de vereisten gesteld aan een faillissement. Deze weg van herleving van een turbogeliquideerde BV en de daaraan klevende onduidelijkheden behandel ik in paragraaf 8.6.

---

8 Aangezien het hanteren van deze taalkundig onjuiste term geen consequenties heeft voor de praktijk, wordt in onderhavig onderzoek de terminologie gebruikt zoals vastgelegd in artikel 2:23c lid 1 BW.

9 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-2, p. 55-58.

10 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer, r.o. 4.3. (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).

8.2 Heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW[11]

Een turbogeliquideerde BV kan herleven door middel van een heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, welk verzoek dient te worden gedaan bij de rechtbank. Teneinde tot toewijzing van een dergelijk verzoek te komen, dient aan een aantal vereisten te worden voldaan. Allereerst dient de verzoeker een voldoende belang te hebben bij de heropening. De verzoeker zal dus moeten aantonen dat sprake is van een niet-vereffende bate of van een aan een rechthebbende uitgekeerd liquidatiesaldo dat kan worden teruggevorderd.[12] Uit jurisprudentie volgt dat voor toewijzing van het verzoek tot heropening van de vereffening voldoende is dat de door de verzoeker gestelde vordering en/of bate voldoende aannemelijk is.[13] Uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad vloeit voort dat de rechter een en ander met terughoudendheid toetst.[14]

De procedure tot herleving van de turbogeliquideerde BV lijkt simpel: de verzoeker dient een belang bij de heropening te hebben, terwijl de rechter het al dan niet bestaan van voormeld belang met terughoudendheid dient te toetsen. Echter, schijn bedriegt! De verzoeker zal dienen aan te tonen dat er baten zijn (paragraaf 8.2.2), waarbij het wederom de vraag is wat onder 'baten' wordt verstaan (paragraaf 8.2.1) en hoe een schuldeiser erachter kan komen of de BV nog baten heeft.

8.2.1 Baten in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW

Volgens A-G Bakels dient aan '*het bestaan van een bate*' in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW een ruime uitleg gegeven te worden. Volgens hem moet aangenomen worden dat daarvan ook sprake is indien tijdens de afwikkeling van het faillissement de curator op de hoogte was van feiten en/of omstandigheden die mogelijk aanleiding gaven tot een vorderingsrecht, maar hij het op dat moment om praktische of andere redenen niet opportuun heeft geacht dienaangaande rechtsmaatregelen te treffen. Bovendien stelt Bakels dat het bij artikel 2:23c lid 1 BW gaat om een potentiële bate.[15] A-G Timmerman is van mening dat aan het bestaan van een potentiële bate geen hoge eisen mogen worden gesteld. Volgens Timmerman is het voldoende dat het bestaan van een vorderingsrecht wordt gepretendeerd in een rechtsgeding waarin nog geen definitieve uitspraak is gedaan.[16] De rechtbank Midden-Nederland is daarentegen van mening dat sprake dient te zijn van een reële bate.[17]

---

11 Zie ook Renssen 2013-3, p. 120-121.
12 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.
13 HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 194, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.4.2.
14 HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992, 132, m.nt. Maeijer, r.o. 3.3 en Slagter/Assink 2013 (Deel 1), nr. 21.
15 Conclusie A-G Bakels bij HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 194, m.nt. Van Schilfgaarde.
16 Conclusie van A-G Timmerman bij HR 26 maart 2004, *JOR* 2004/127.
17 Rb. Midden-Nederland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479.

Uit jurisprudentie en literatuur vloeit voort dat onder het begrip bate in artikel 2:23c lid 1 BW wordt verstaan: een mogelijk positief nominaal aandelenkapitaal,[18] latente belastingteruggaven,[19] een bankgarantie,[20] een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW,[21] de vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling,[22] een vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW en [23] een mogelijke toewijzing van een veroordeling in de proceskosten.[24]

8.2.2 Stelplicht en bewijslast

Wanneer een schuldeiser de vereffening wil heropenen omdat achteraf van een bate is gebleken of ten onrechte tot turboliquidatie is overgegaan, gelden de reguliere bewijsregels niet. Onder de reguliere bewijsregels versta ik hier het bepaalde in artikel 150 Rv:

> *'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'*

Toepassing van artikel 150 Rv zou er toe leiden dat een schuldeiser – die heropening van de vereffening wenst, na de toepassing van een turboliquidatie, omdat volgens hem nog baten binnen de BV bestaan – dient te stellen welke specifieke baten er nog bestaan en bovendien aan zou moeten tonen dat de bedoelde baten bestaan. Wanneer dit het geval was, zou de weg naar misbruik van turboliquidaties door (frauduleuze) bestuurders wel erg makkelijk begaanbaar zijn.[25]

Wanneer het de herleving van een turbogeliquideerde BV door middel van de heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW betreft, gelden afwijkende bewijsregels. De rechter zal in een voorkomend geval de opvatting van het bestuur – dat ten tijde van ontbinding geen baten meer bestonden – kritisch moeten bejegenen.

---

18 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, r.o. 6.5. In paragraaf 7.2 heb ik reeds betoogd dat deze zienswijze niet juist is.

19 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, r.o. 3, waarin appelanten zich op het standpunt stellen dat latente belastingteruggaven dienen te worden aangemerkt als baten. Het Hof 's-Gravenhage gaat niet verder in op dit standpunt. Zie ook Snijder-Kuiper, *Groene Serie Rechtspersonen* art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012, waarin wordt verwezen naar het hiervoor aangehaalde arrest alsmede naar HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*), waarin echter niets wordt overwogen noch gesteld met betrekking tot latente belastingteruggaven als baten.

20 Hof Amsterdam 19 maart 2013, zaaknummer 166884, HA ZA 03-1806.

21 Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120.

22 De Bruijn 2004, p. 217 en Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong.

23 Van der Korst 2009, onder 7.

24 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, *JBPR* 2014/32, m.nt. Malcontent & Wiersma.

25 Conclusie A-G Huydecoper bij HR 20 juni 2008, *RdvW* 2008, 657.

Dit kan er enerzijds toe leiden dat extra eisen aan de stelplicht van het bestuur van de turbogeliquideerde BV worden verbonden,[26] of dat van het bestuur wordt verlangd de juistheid van zijn bewering nader te onderbouwen of aan te tonen. Anderzijds kan dit ook betekenen dat slechts geringe aanwijzingen voor het bestaan van baten als voldoende voor heropening van de vereffening worden aangemerkt. Deze afwijkende bewijsregels worden ook ingegeven door het feit dat het bestuur van de BV beter en eenvoudiger toegang heeft tot de relevante gegevens dan de schuldeisers.[27] Schuldeisers hebben bijvoorbeeld niet de mogelijkheid om de administratie van de BV te raadplegen, nu deze niet behoren tot de kring van belanghebbenden aan wie die bevoegdheid tot raadpleging is toebedeeld ingevolge artikel 2:24 lid 4 BW.[28] Een andere beperking hierbij is dat er over het laatste verkorte boekjaar van een turbogeliquideerde BV geen jaarrekening behoeft te worden opgemaakt.[29] Hierdoor hebben schuldeisers geen zicht op hun verhaalsmogelijkheden.[30] Men zou kunnen stellen dat deze afwijkende bewijsregels de belangen van de schuldeisers beter beschermen.[31] Feit blijft dat het aan de schuldeisers is om een bate aan te tonen – en ook al wordt het bestaan daarvan terughoudend getoetst – zonder inzage in de administratie en zicht op de laatste jaarrekening komt het mij voor dat zelfs het aantonen van een potentiële bate niet eenvoudig is voor schuldeisers. Bovendien is bijvoorbeeld de rechtbank Midden-Nederland van mening dat sprake dient te zijn van een reële bate, waardoor de schuldeisers in een moeilijkere bewijspositie komen te verkeren.[32]

8.3 De betekenis van het voortbestaan van een BV en het herlevingsfenomeen

Zoals beschreven houdt een turbogeliquideerde BV op te bestaan op het tijdstip van ontbinding en herleeft de BV wanneer de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW wordt heropend of de BV alsnog failliet wordt verklaard. In paragraaf 8.5 wordt uiteengezet dat een moedwillig ten onrechte turbogeliquideerde BV op grond van artikel 2:19 lid 5 BW nooit is opgehouden te bestaan, maar is blijven voortbestaan ter vereffening van haar vermogen. De vraag rijst wat de werking van artikel 2:19 lid 5 BW is: wat betekent het voorbestaan *voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is* voor de BV? Verder rijst de vraag hoe de termen *'houdt op te bestaan'* en *'herleeft'* dienen te worden geïnterpreteerd.

26 Zie bijvoorbeeld Hof s-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:178.
27 Conclusie A-G Huydecoper bij HR 20 juni 2008, *RdvW* 2008, 657.
28 Vetter 2007, p. 41.
29 Hagens 2011, p. 182.
30 Zie ook Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377.
31 Zie paragraaf 6.4 voor de problematiek omtrent de bescherming van schuldeisers.
32 Rb. Midden-Nederland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479.

8.3.1 De werking van artikel 2:19 lid 5 BW

> *'De rechtspersoon blijft na ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is.'*[33]

De rechtshandelingen van die BV zullen dus na de ontbinding op liquidatie gericht moeten zijn. Rechtshandelingen die niet redelijkerwijs gericht zijn op de vereffening van het vermogen moeten volgens Maeijer worden aangemerkt als strijdig met het doel van de rechtspersoon. Hierdoor is artikel 2:7 BW van toepassing. De ontbonden BV kan rechtshandelingen die strijdig zijn met de vereffening van haar vermogen vernietigen indien de wederpartij dit wist of had behoren te weten.[34] In het oog dient te worden gehouden dat niet slechts handelingen die kunnen leiden tot een vermeerdering van het liquidatiesaldo van een ontbonden BV als nodig voor de vereffening van haar vermogen zijn te beschouwen.[35]

Praktijkvoorbeelden van de werking van artikel 2:19 lid 5 BW vindt men in de jurisprudentie. Zo kan bijvoorbeeld een ontbonden BV strafrechtelijk worden vervolgd, zelfs zonder dat er bekende baten aanwezig zijn.[36] Ook kan een ontbonden BV bestuurder zijn van een andere vennootschap.[37] Daarnaast lopen civiele procedures door ondanks het inmiddels ontbonden zijn van een BV, zodat door dan wel tegen die BV een veroordelend vonnis kan worden verkregen.[38] Tot slot kan van een ontbonden BV het faillissement worden uitgelokt,[39] zoals nog nader uitgewerkt wordt in paragraaf 8.6.

8.3.2 De betekenis van het herlevingsfenomeen[40]

Uit de door de wetgever gehanteerde termen *'houdt op te bestaan'* en *'herleeft'*, lijkt te volgen dat de BV in de tussentijd 'niet bestaat'.[41] Naar mijn mening zijn de gehanteerde termen echter niet correct en vindt een dergelijke herleving plaats met terugwerkende kracht,[42] zodat de BV moet worden geacht ook in de tussentijd als zodanig

33 Artikel 2:19 lid 5 BW.
34 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 406.
35 HR 26 februari 1988, NJ 1988, 490, 123 m.nt. Slagter.
36 HR 2 oktober 2007, *RdvW* 2007, 849 en HR 16 november 2010, *NJ* 2010, 625.
37 Hof Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BP2527.
38 Ktr. Leeuwarden 11 januari 2008, *JOR* 2008/33 en Hof Amsterdam 22 november 2011, *LJN* BU6627.
39 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
40 Zie ook Renssen 2013-1, p. 99.
41 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:19 BW, aant. 8, Deventer: Kluwer 2012.
42 Zie ook: Van den Ingh 1994, p. 814 en Hagens 2011, p. 181-184.

te hebben bestaan.[43] Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, derdenbescherming[44] en proceseconomie[45] bezien, is het mijns inziens gewenst dat de BV wordt geacht in de tussentijd te hebben voortbestaan. Het lijkt mij dat de wetgever niet heeft bedoeld om aan de herleving van een BV geen terugwerkende kracht toe te kennen, omdat daardoor het eigenlijke doel van de herleving van een (rechtsgeldig) turbogeliquideerde BV (het waarborgen van de bescherming van schuldeisers door de alsnog bestaande baten te vereffenen), niet tot zijn recht zou komen, althans in de situatie waarin sprake is van een bate die ten tijde van ontbinding nog niet bestond. Wanneer aan de herleving van een BV in een dergelijke situatie geen terugwerkende kracht wordt toegekend, bestond de BV ten tijde van het ontstaan van de bate niet en een niet-bestaande BV kan uiteraard geen schuldenaar zijn. Bovendien is het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW – dat de BV na ontbinding voort bestaat voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is – in geval van een rechtsgeldige turboliquidatie niet van toepassing: de turbogeliquideerde BV houdt namelijk ten tijde van haar ontbinding op te bestaan, juist omdat er geen baten bestaan en dus geen vereffening van haar vermogen nodig is.[46]

Bovendien blijkt de terugwerkende kracht van de herleving van een turbogeliquideerde BV uit het bepaalde in artikel 2:23c lid 2 BW: de verjaringstermijn van een vordering van of tegen de BV wordt verlengd gedurende de periode dat de BV heeft opgehouden te bestaan.[47]

De termen '*houdt op te bestaan*' en '*herleeft*' hebben mijns inziens dus een ongelukkige werking en behoeven aanpassing, zodat artikel 2:23c lid 1 BW tot haar recht komt in geval van een rechtsgeldige turbogeliquideerde BV. Gekozen zou kunnen worden voor de volgende aanpassing van artikel 2:23c lid 1 BW:

Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In dat geval herleeft de rechtspersoon met terugwerkende kracht, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De rechtspersoon wordt alsdan geacht te zijn blijven voortbestaan voor zover

43 Zie ook Van de Streek e.a 2012, onder 1.0.3.B.b.13.

44 Met het oog op de derdenbescherming blijft zich desondanks een probleem voordoen, aangezien er volgens de Minister in geval van herleving geen herinschrijving in het handelsregister hoeft plaats te vinden. Dit zou blijken uit de woorden *'doch uitsluitend ter afwikkeling van die vereffening'*, *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 20 en Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.

45 Zie ook Van den Ingh 1994, p, 814.

46 Zie paragraaf 8.5 voor een uitwerking van deze problematiek.

47 Zie ook Hof Arnhem 26 mei 2009, *JOR* 2010/2, m.nt. J.J.M. van Mierlo. Zie anders: noot Van der Kuilen bij Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, *JIN* 2014/87.

dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. De vereffenaar is bevoegd van elk der gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot heeft ontvangen.

8.4 De herroeping van het ontbindingsbesluit: een alternatief voor artikel 2:23c lid 1 BW?

In deze paragraaf wordt onderzocht of er een alternatief bestaat voor de heropeningsprocedure van artikel 2:23c lid 1 BW in situaties waarin de algemene vergadering van de BV – die via een turboliquidatie ontbonden is – terug wenst te komen op het door haar genomen ontbindingsbesluit, omdat bijvoorbeeld achteraf blijkt van het bestaan van een te vereffenen bate. Kan een besluit tot ontbinding via een turboliquidatie worden herroepen door de algemene vergadering?

Een wettelijke regeling omtrent de herroepelijkheid van een ontbindingbesluit van een BV ontbreekt. De wet sluit de mogelijkheid tot herroeping echter niet uit, hetgeen overeenstemt met de mogelijkheid dat de BV vernietiging kan vorderen van het besluit waarbij zij ontbonden is (artikel 2:15 lid 3 BW). In de literatuur werd er lange tijd vanuit gegaan dat een ontbindingsbesluit onherroepelijk is:

> *'De onherroepelijke ontbinding vindt plaats door en met het besluit, tenzij bij het besluit is bepaald dat de ontbinding op een tijdstip in de toekomst zal plaatsvinden of afhankelijk is van een nog te vervullen (opschortende) voorwaarde (...) Aan een ontbinding kan mijns inziens geen terugwerkende kracht worden verleend, ook niet wanneer een statutaire bepaling zulks zou voorzien. Met het oog op de rechtszekerheid zou zulks niet aanvaardbaar zijn.'*[48]

Een aantal jaren geleden ontstond in de literatuur discussie over de vraag of dit standpunt wel juist is.[49]

In 2007 deed zich de vraag naar de (on)herroepelijkheid van een ontbindingsbesluit voor bij het hof 's-Gravenhage. Volgens het hof bestaan geen principiële bezwaren tegen de mogelijkheid van herroeping van een ontbindingsbesluit en legt het categorisch verbieden van de herroeping van een ontbindingsbesluit de praktijk onnodig aan banden. Het hof oordeelde daarom dat een ontbindingsbesluit kan worden herroepen, mits de herroeping plaatsvindt met rechterlijke tussenkomst (met het oog op de bescherming van de belangen van derden). Bovendien is een herroeping van een

48 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 554.

49 Zie bijvoorbeeld Van Schilfgaarde 2001, p.223 en Slagter, 2001, p. 603.

ontbindingsbesluit volgens het hof niet meer mogelijk wanneer de ontbonden rechtspersoon is opgehouden te bestaan. Het hof legt tevens een beperking op aan de herroeping. De herroeping zal er niet toe leiden dat alle gevolgen van de ontbinding met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt.[50] Het hof herhaalde dit standpunt nogmaals in 2011.[51]

Ook het hof Arnhem-Leeuwarden[52] bevond een ontbindingsbesluit herroepelijk, in het geval waarin de rechtspersoon nog niet is opgehouden te bestaan. Volgens het hof dient de vraag of een rechtspersoon nog bestaat, te worden beantwoord aan de hand van artikel 2:19 lid 5 BW. Voorts stelt het hof dat ter beantwoording van de vraag of de herroeping van de ontbinding niet tot gevolg heeft dat derden, die in gerechtvaardigd vertrouwen op de ontbinding en de gevolgen daarvan zijn afgegaan, in hun belangen worden geschaad, alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen, waaronder ook het tijdsverloop sinds het moment van ontbinding.

De vraag naar de mogelijkheid tot herroeping van een ontbindingsbesluit van een BV deed zich recentelijk voor bij de Hoge Raad.[53] Ook de Hoge Raad is van mening dat een besluit tot ontbinding van een BV kan worden herroepen, zij het onder bepaalde voorwaarden. Allereerst dient aan de vereisten gesteld aan het nemen van besluiten door de algemene vergadering van een BV te worden voldaan. Daarnaast dient de herroeping omgeven te zijn met de nodige waarborgen voor de bescherming van de rechten en belangen van derden en mag met de herroeping geen afbreuk worden gedaan aan het beginsel van rechtszekerheid, hetgeen met zich brengt dat een herroepingsbesluit pas rechtsgevolg heeft indien de rechter een daartoe strekkende uitspraak heeft gedaan. De uitspraak van de rechter heeft dus een constitutief karakter.[54] Bij de beantwoording van de vraag of door de herroeping van een ontbindingsbesluit geen afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van rechtszekerheid en de rechten en belangen van derden is, volgens de Hoge Raad, in ieder geval van belang dat; de BV nog bestaat, op het moment van herroeping inzicht bestaat in de vermogenstoestand van de BV ten tijde van ontbinding, ten tijde van herroeping en in de tussenliggende periode en dat derden geen nadeel ondervinden van de herroeping.

Kroeze is van mening dat het gewenst is dat de herroeping van een ontbindingsbesluit alsnog wordt gecodificeerd. Hij geeft daarvoor drie argumenten. Allereerst is de motivering van de Hoge Raad in het hierboven beschreven arrest beperkt tot de BV. Omdat de ontbinding van rechtspersonen geregeld is in het algemene deel van Boek 2 BW is het wenselijk dat besluiten tot ontbinding van alle privaatrechtelijke rechtspersonen

50 Hof 's-Gravenhage 30 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7737.
51 Hof 's-Gravenhage 23 augustus 2011, *JOR* 2011/327.
52 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5321
53 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677.
54 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 381.

kunnen worden herroepen. Ten tweede gaat de procedure die de Hoge Raad voorschrijft volgens Kroeze verder dan gewenst. Indien het ontbindingsbesluit nog niet is gevolgd door vereffeningshandelingen en nog geen opgaaf is gedaan van de ontbinding aan het handelsregister leidt de eis van de rechterlijke tussenkomst wat hem betreft tot nodeloos formalisme. Tot slot is het goed dat een algemene regeling over deze problematiek democratisch wordt gelegitimeerd.[55]

Herroeping van een ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering van een BV is onder omstandigheden dus mogelijk. Is het ook mogelijk het ontbindingsbesluit van een turbogeliquideerde BV – als alternatief van de heropening ex artikel 2:23c lid 1 BW – te herroepen? Het antwoord op deze vraag luidt volgens de Hoge Raad ontkennend. Gelet op het waarborgen van het beginsel van rechtszekerheid en de bescherming van de belangen van derden is het volgens de Hoge Raad niet mogelijk het besluit tot ontbinding van een turbogeliquideerde BV te herroepen.[56] Ik kan mij niet vinden in deze redenering. Het alternatief van de herroeping van een ontbindingsbesluit van een turbogeliquideerde BV is de heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW. Indien de vereffening wordt heropend, ten gevolge waarvan de BV herleeft, wordt deze herleving niet ingeschreven in het handelsregister. Dit heeft tot gevolg dat de schuldeisers van de BV niet op de hoogte zijn van de herleving en de eventuele mogelijkheid de BV in rechte te betrekken. Wanneer daarentegen een besluit tot ontbinding van een turbogeliquideerde BV wordt herroepen, dient bij deze herroeping te worden nagegaan of de schuldeisers hierdoor zullen worden benadeeld, als gevolg waarvan mijns inziens de bescherming van de belangen van de schuldeisers in meerdere mate wordt gewaarborgd dan wanneer de BV herleeft door middel van artikel 2:23c lid 1 BW. Wat betreft het beginsel van rechtszekerheid doet de mogelijkheid tot herroeping niet meer afbreuk hieraan dan dat de mogelijkheid tot herleving ex artikel 2:23c lid 1 BW doet. In beide gevallen zal de BV die niet meer bestond, herleven.

8.5 Artikel 2:19 lid 5 BW versus artikel 2:23c lid 1 BW: een problematische wettekst[57]

De meest voorkomende wijze waarop BV's worden ontbonden, is door een besluit van de algemene vergadering op grond van artikel 2:19 lid 1 sub a BW.[58] Na een dergelijke ontbinding houdt de BV niet direct op te bestaan. Ingevolge het vijfde en zesde lid van artikel 2:19 BW blijft een ontbonden BV voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is en houdt de BV pas op te bestaan op het

55 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 381.
56 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677.
57 Paragraaf 8.5 is een uitwerking van Renssen 2013-1, p. 95-99 en Renssen 2015-2, p. 55-58.
58 De Bruijn 2004, p. 216.

tijdstip waarop de vereffeningsprocedure is geëindigd. De vereffeningsprocedure eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn, aldus artikel 2:23b lid 9 BW. Op dit sluimerend voortbestaan van een ontbonden BV is in artikel 2:19 lid 4 BW een uitzondering geformuleerd. Wanneer ten tijde van de ontbinding van de BV geen baten meer aanwezig zijn, houdt de BV alsdan op te bestaan. Het voortbestaan van een dergelijke BV is ook niet zinvol, omdat er zonder baten niets te vereffenen valt. Het vierde en vijfde lid van artikel 2:19 BW lijken elkaar als het ware uit te sluiten: in situaties waarin artikel 2:19 lid 4 BW wordt toegepast, lijkt het bepaalde in het vijfde lid van datzelfde artikel geen rol te spelen.

Indien na een vereffeningsprocedure van een ontbonden BV of na een toegepaste turboliquidatie alsnog een bate van de BV blijkt, bestaat de mogelijkheid de BV te laten herleven door een vordering tot heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW. Daarmee lijken ook het vijfde lid van artikel 2:19 BW en artikel 2:23c lid 1 BW elkaar uit te sluiten: wanneer een BV nog voort bestaat op grond van artikel 2:19 lid 5 BW kan artikel 2:23c lid 1 BW niet worden toegepast, omdat laatstgenoemd artikel toepassing vindt in situaties waarin *'na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan'* het bestaan van een bate blijkt.

Wanneer men de wisselwerking tussen enerzijds artikel 2:19 lid 4 en 2:23c lid 1 BW en anderzijds artikel 2:19 lid 5 BW nader bestudeert, kan men niet anders dan tot de conclusie komen dat er een specifieke situatie is waarin enerzijds zowel het vierde als het vijfde lid van artikel 2:19 BW van toepassing is en anderzijds zowel artikel 2:19 lid 5 BW als artikel 2:23c lid 1 BW toegepast kan worden. Deze merkwaardigheid doet zich voor in de situatie waarin over wordt gegaan tot turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW, terwijl de BV ten tijde van ontbinding één (of meerdere) bate(n) had, dus in de situatie waarin ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie. In de jurisprudentie en literatuur zijn ten aanzien van deze situatie twee visies waarneembaar; een visie waarin er vanuit wordt gegaan dat het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW prevaleert boven het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW en een visie waarin er vanuit wordt gegaan dat het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW prevaleert boven het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW (paragraaf 8.5.2 respectievelijk paragraaf 8.5.3). Ik zal beide visies nader toelichten en vervolgens een middenweg tussen beide opvattingen uiteen zetten die volgens mij recht doet aan zowel het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW als het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW (paragraaf 8.5.4).

De opvatting waarbij artikel 2:19 lid 5 BW prevaleert boven artikel 2:23c lid 1 BW noem ik de *essentia-leer*.[59] De opvatting waarbij artikel 2:23c lid 1 BW prevaleert

59 Deze leer is vernoemd naar de Latijnse term *essentia,* welke term kan worden vertaald als *het wezen; het zijn; bestaan* (volgens het woordenboek Latijn-Nederlands, Amsterdam University Press, te raadplegen via <http://www.latijnnederlands.nl>). Er is gekozen voor deze term, omdat in de onderhavige leer artikel 2:19 lid 5 BW prevaleert, op grond waarvan een turbogeliquideerde BV is blijven *bestaan*.

boven artikel 2:19 lid 5 BW noem ik de *resuscito-leer*[60] en de door mij geformuleerde middenweg tussen beide opvattingen noem ik de *solutio-leer*[61].[62] Alvorens deze leren te beschrijven, wordt in paragraaf 8.5.1 ingegaan op de frictie tussen het vierde en het vijfde lid van artikel 2:19 BW.

8.5.1 Het vierde lid versus het vijfde lid van artikel 2:19 BW[63]

In geval van een terechte turboliquidatie zal de toepassing van het vierde lid van artikel 2:19 BW toepassing van het vijfde lid van artikel 2:19 BW uitsluiten. Het vierde lid bepaalt immers dat de BV na turboliquidatie, de ontbinding zonder vereffening, direct ophoudt te bestaan, terwijl het vijfde lid bepaalt dat een ontbonden BV, ontbonden op een andere wijze dan door turboliquidatie, blijft voortbestaan voor zover dit nodig is tot vereffening van haar vermogen. A-G Huydecoper verwoordt de verhouding tussen deze twee leden als volgt:

> *'Art. 2:19 lid 4 BW wordt dan ook gezien als (niet meer dan) de logische gevolgtrekking uit de regel van art. 2:19 lid 5 BW: een rechtspersoon 'eindigt' door de ontbinding en de algehele vereffening van het vermogen. Ontbinding terwijl er geen te vereffenen vermogen bestaat, betekent dan logischerwijs dat de rechtspersoon dadelijk ophoudt te bestaan.'*[64]

Geconcludeerd zou kunnen worden dat het vierde lid of het vijfde lid van artikel 2:19 BW van toepassing kan zijn in geval van ontbinding van een BV. Het lijkt ondenkbaar dat beide leden aan de orde komen in een en dezelfde situatie. Echter, dit is niet het geval. Wanneer sprake is van een onterecht toegepaste turboliquidatie zijn beide leden van toepassing. Het vierde lid, omdat een turboliquidatie is toegepast en het vijfde lid, omdat ondanks dat de turboliquidatie is toegepast, de BV voortbestaat vanwege de bestaande bate. Deze opmerkelijke situatie wordt veroorzaakt door het feit dat het bestuur het orgaan is dat oordeelt over het al dan niet bestaan van een bate ten tijde van

---

60 Deze leer is vernoemd naar de Latijnse term *resuscito,* welke term kan worden vertaald als*; een proces laten herleven, opnieuw beginnen; weer opwekken uit de dood* (volgens het woordenboek Latijn-Nederlands, Amsterdam University Press, te raadplegen via <http://www.latijnnederlands.nl>). Er is gekozen voor deze term, omdat in de onderhavige leer artikel 2:23c lid 1 BW prevaleert, op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan *herleven*.

61 Deze leer is vernoemd naar de Latijnse term *solutio,* welke term kan worden vertaald als*; oplossing* (volgens het woordenboek Latijn-Nederlands, Amsterdam University Press, te raadplegen via <http://www.latijnnederlands.nl>). Er is gekozen voor deze term, omdat in de onderhavige leer een *oplossing* wordt geboden voor de frictie tussen artikel 2:19 lid 5 BW en artikel 2:23c lid 1 BW in geval van een onterecht toegepaste turboliquidatie.

62 Renssen 2015-2, p. 56.

63 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-2, p. 55-58.

64 HR 20 juni 2008, *RdvW* 2008, 657, concl. A-G Huydecoper.

ontbinding en dat een dergelijk bestuursoordeel voldoende wordt geacht voor toepassing van de turboliquidatie,[65] terwijl uit het feit dat een BV als turbogeliquideerd staat ingeschreven in het handelsregister niet per definitie mag worden afgeleid dat ten tijde van ontbinding daadwerkelijk geen bate binnen de BV bestond.[66]

8.5.2 De essentia-leer[67]

De *essentia-leer*, waarbij artikel 2:19 lid 5 BW prevaleert boven artikel 2:23c lid 1 BW, vindt voornamelijk ondersteuning in de jurisprudentie. De Hoge Raad nam zijn standpunt hieromtrent reeds in bij het wijzen van het Adjuncten Properties/ Söderqvist q.q.-arrest in 1995.[68] De Hoge Raad overwoog dat het bestuursoordeel van een rechtspersoon niet zonder meer doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of een rechtspersoon na ontbinding al dan niet voort bestaat en dat het bestuursoordeel dat de rechtspersoon ten tijde van ontbinding geen baten meer heeft, vatbaar is voor toetsing door de rechter. Uit deze overweging volgt dat wanneer het bestuur overgaat tot turboliquidatie terwijl de BV nog over baten beschikt, de BV blijft voortbestaan in de zin van artikel 2:19 lid 5 BW.

De Hoge Raad blijft in 2004 bij het wijzen van het Zohar Foods International-arrest[69] bij zijn eerdere oordeel en ook A-G Timmerman en Spanjaard zijn in hun conclusie respectievelijk noot bij dit arrest een dergelijke mening toegedaan. Timmerman stelt in zijn conclusie dat wanneer na de toegepaste turboliquidatie blijkt dat ten tijde van ontbinding een bate bestond, niet steeds een vordering op grond van artikel 2:23c lid 1 BW nodig is om de rechtspersoon te laten herleven. Volgens Timmerman wordt met deze opvatting voorkomen dat in al te veel gevallen heropening van de vereffening bij de rechter verzocht dient te worden:

> *'Uit de onderhavige procedure blijkt dat Zohar meent nog het een en ander van De Poel te vorderen te hebben. Voor het aanwezig zijn van een bate is het voldoende dat de rechtspersoon pretendeert een vorderingsrecht te hebben in een rechtsgeding waarin nog geen definitieve uitspraak is gedaan. Aan het hebben van een bate mogen immers geen hoge eisen worden gesteld. Naar mijn mening is Zohar niet opgehouden te bestaan. De weg van heropening van de vereffening hoeft niet gevolgd te worden om van Zohar weer een levende, zij het ontbonden rechtspersoon te maken.'*[70]

65 Smid 2002, p. 8-9 en Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).
66 HR 26 maart 2004, *NJ* 2004/330, r.o. 3.4 (*Zohar Foods International*).
67 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-2, p. 55-58.
68 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995/579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*)
69 HR 26 maart 2004, *NJ* 2004/330, *OR* 2004/117, m.nt. Spanjaard (*Zohar Foods International*).
70 Conclusie A-G Timmerman onder 2.3. bij HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 330 (*Zohar Foods International*).

Spanjaard sluit zich in zijn noot hierbij aan, met een beroep op de proceseconomie en de rechtszekerheid.[71]

Bij de *essentia-leer* sloot bovendien de rechtbank Haarlem zich aan, met het oordeel dat een turbogeliquideerde BV werd geacht te zijn blijven voortbestaan op grond van artikel 2:19 lid 5 BW, omdat bleek van een bate die reeds ten tijde van ontbinding bestond.

> *'De rechtbank is van oordeel dat Coxon onder dit wettelijk systeem van afwikkeling van rechtspersonen steeds is blijven bestaan. Vooropgesteld zij dat de vraag of een rechtspersoon blijft voortbestaan vooral materieel, materialistisch bezien dient te worden. Uit de onderhavige procedure blijkt reeds dat Coxon meent nog een vordering op InterXion te hebben. Aangezien voor het aanwezig zijn van een bate het voldoende is dat de rechtspersoon pretendeert een vorderingsrecht te hebben in een rechtsgeding waarin nog geen definitieve uitspraak is gedaan, is de rechtbank van oordeel dat Coxon niet is opgehouden te bestaan.'*[72]

Ook het hof Arnhem oordeelt – in lijn met de opvatting van de Hoge Raad – dat uit artikel 2:19 lid 4 en lid 5 BW in samenhang gelezen met artikel 2:23c lid 1 BW volgt dat een rechtspersoon na zijn ontbinding slechts ophoudt te bestaan indien hij op het tijdstip van zijn ontbinding geen (bekende) baten meer heeft.[73]

8.5.3 De resuscito-leer[74]

De in mindere mate verdedigde *resuscito-leer*, waarbij artikel 2:23c lid 1 BW prevaleert boven artikel 2:19 lid 5 BW wordt onder meer aangehangen door Snijder-Kuipers. Als redelijke bedoeling van de wetgever mag worden aangenomen dat een rechtspersoon in de tijd dat hij heeft opgehouden te bestaan (na ontbinding via turboliquidatie of na beëindiging van een vereffeningsprocedure in geval van een 'reguliere' ontbinding) niet in een gerechtelijke procedure kan optreden. Een schuldeiser die – bijvoorbeeld nadat bekend wordt dat er ten tijde van ontbinding nog een bate bestond – de rechtspersoon in rechte wil betrekken, zal een verzoek tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW in moeten dienen, aldus Snijder-Kuipers.[75] Ook de rechtbank Arnhem is voorstander van deze visie. Volgens de rechtbank[76] volgt uit artikel 2:19 lid 4 BW dat wanneer er ten tijde van het ontbindingsbesluit geen bekende baten bestaan, de ontbinding van de BV ertoe leidt dat

71 HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 330, *OR* 2004/117, m.nt. Spanjaard (*Zohar Foods International*).
72 Rb. Haarlem 18 juli 2007, *JOR* 2007/262, r.o. 3.3.
73 Hof Arnhem 23 juli 2013, *JOR* 2013/216, m.nt. Nethe.
74 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-2, p. 55-58.
75 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen,* art. 2:19 BW, aant. 7, Deventer: Kluwer 2012.
76 Rb. Arnhem 27 september 2005, *LJN* AU5572.

de BV direct ophoudt te bestaan. Voor schuldeisers die zich willen verhalen op het vermogen van een turbogeliquideerde BV rest slechts de weg van artikel 2:23c lid 1 BW. De rechtbank kent hiermee dus geen betekenis toe aan artikel 2:19 lid 5 BW.[77] Ook het hof 's-Hertogenbosch laat artikel 2:23c lid 1 BW prevaleren boven artikel 2:19 lid 5 BW.[78]

8.5.4 De solutio-leer[79]

Zoals gezegd ontstaat in een situatie waarbij een BV wordt ontbonden gebruikmakend van een turboliquidatie ondanks het bestaan van een bate een conflict tussen enerzijds artikel 2:19 lid 4 BW jo. artikel 2:23c lid 1 BW en anderzijds artikel 2:19 lid 5 BW. Immers, de BV is dan op grond van het vierde lid opgehouden te bestaan, omdat het oordeel van het bestuur omtrent het afwezig zijn van baten voldoende is, en kan slechts herleven via een herlevingsprocedure ex artikel 2:23c lid 1 BW, terwijl de BV op grond van het vijfde lid van artikel 2:19 BW nooit heeft opgehouden te bestaan en een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW niet vereist is. Vanwege deze onwerkbare tegenstrijdigheid lijkt een keuze te moeten worden gemaakt tussen twee visies: de visie waarbij artikel 2:19 lid 5 BW prevaleert boven artikel 2:23c lid 1 BW – jo. 2:19 lid 4 BW – (de *essentia-leer*) of de visie waarbij het omgekeerde geldt (de *resuscito-leer*).

Beide visies hebben nadelige gevolgen voor de praktijk. Wanneer de *essentia-leer* wordt gevolgd, ontstaat onzekerheid over het al dan niet bestaan van een ontbonden rechtspersoon, hetgeen tot rechtsonzekerheid leidt. Het volgen van de *resuscito-leer* leidt echter tot benadeling van schuldeisers. De benadeling van schuldeisers is gelegen in het feit dat zij een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW dienen te starten alvorens zij zich kunnen verhalen op baten van de ten onrechte turbogeliquideerde BV. Nadelen van het starten van een gerechtelijke procedure zijn uiteraard gelegen in het daaraan verbonden tijd- en kostenaspect, maar ook in de door de schuldeisers te dragen bewijslast. De schuldeisers zullen dienen aan te tonen dat er sprake is van een niet-vereffende bate of van een liquidatiesaldo uitgekeerd aan een rechthebbende, hetwelk kan worden teruggevorderd.[80]

Bovendien leidt de opvatting dat iedere onterecht turbogeliquideerde BV slechts via de procedure van artikel 2:23c lid 1 BW kan herleven tot een grote belasting bij de rechterlijke macht.

---

77 Renssen 2013-1, p. 97-98.

78 Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:207.

79 Deze paragraaf is gebaseerd op Renssen 2015-2, p. 55-58.

80 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen,* art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012. Zie paragraaf 6.4 voor wat betreft de moeilijkheden die zich daarbij voordoen.

De vraag rijst aan welke leer het meeste gewicht dient te worden toegekend, waarbij de nadelen van beide visies niet uit het oog dienen te worden verloren. Teneinde tegemoet te komen aan zowel de rechtszekerheid als de bescherming van schuldeisers, is mijns inziens de oplossing gelegen in een middenweg tussen beide visies. Deze vise noem ik de *solutio-leer*. Deze leer komt erop neer dat wanneer sprake is van een onterecht toegepaste turboliquidatie onderscheid dient te worden gemaakt tussen twee situaties. Enerzijds kan sprake zijn van een situatie waarin ten tijde van de ontbinding een bate bestond die niet bekend was en redelijkerwijs niet bekend had behoren te zijn bij het bestuur. Anderzijds is daar het geval waarin sprake is van een bate die ten tijde van de ontbinding reeds bestond en ook bekend was of redelijkerwijs bekend had behoren te zijn bij het bestuur. In de eerst beschreven situatie is het mijns inziens – gelet op de onbekendheid van de bate bij het bestuur – gerechtvaardigd de regel toe te passen die ook geldt in geval van een bate die pas ontstaat na de turboliquidatie. De BV wordt geacht niet meer te bestaan en wanneer een schuldeiser zich wenst te verhalen op de bate, zal hij een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW dienen te starten. In een dergelijke situatie prevaleert artikel 2:23c lid 1 BW dus boven artikel 2:19 lid 5 BW, waardoor de *resuscito-leer* aan de orde is, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Is daarentegen sprake van de tweede situatie, dan dient mijns inziens de voorkeur te worden geven aan het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW, waardoor de BV nooit heeft opgehouden te bestaan en schuldeisers niet eerst een procedure tot heropening ex artikel 2:23c lid 1 BW hoeven te starten. Hierdoor wordt niet het bestuur van de BV beschermd (tegen rechtsonzekerheid), maar de schuldeisers, hetgeen ook gerechtvaardigd is gelet op het feit dat het bestuur wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat er nog een bate was ten tijde van ontbinding en dus bewust onterecht tot turboliquidatie is overgegaan. In deze situatie wordt de *essentia-leer* toegepast. De bewijslast hierin dient te worden gedragen door het bestuur. Immers, in tegenstelling tot de schuldeisers, heeft het bestuur toegang tot alle relevante financiële informatie aangaande de BV.

8.6 Heropening van de vereffening door middel van een faillissementsaanvrage[81]

Uit het Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.-arrest volgt dat een ontbonden BV – behalve de weg van artikel 2:23c lid 1 BW – tevens kan herleven door het aanvragen van een faillissement.[82] Wanneer men inzoomt op de letterlijke tekst van artikel 2:23c lid 1 BW en artikel 6 lid 3 Fw, ontstaan er ten aanzien van dit arrest van de Hoge Raad twee onduidelijkheden: de al dan niet limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW (paragraaf 8.6.1) en de opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de vereisten die worden gesteld aan een faillissement (paragraaf 8.6.2).

81 Paragraaf 8.6 is een uitwerking van Renssen 2013-3, p. 120-125.

82 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).

8.6.1 De al dan niet limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW

Uit de tekst van artikel 2:23c lid 1 BW volgt mijns inziens dat de aldaar genoemde heropening van de vereffening de enige mogelijkheid is tot herleving van een turbogeliquideerde BV. Het eerste lid van artikel 2:23c BW (voor zover hier van belang) luidt als volgt:

> *'Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen (...). In dat geval herleeft de rechtspersoon (...).'*

De limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW volgt enerzijds uit de beperking van de mogelijkheid tot heropening van de vereffening in de aldaar omschreven gevallen (een schuldeiser of gerechtigde komt tot het saldo op of er blijkt een bate te bestaan) en anderzijds uit de zinsnede *'in dat geval'*. Wanneer het niet de bedoeling van de wetgever was om aan artikel 2:23c lid 1 BW limitatieve werking toe te kennen, had het artikel mijns inziens als volgt geluid, althans dienen te luiden:

Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt, van het bestaan van een bate blijkt of anderszins sprake is van een grond tot heropening van de vereffening (...). In dat geval, alsook in andere gevallen waar de wet hierin voorziet, herleeft de rechtspersoon (...).

Een limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW is ook gewenst met het oog op de rechtszekerheid. Wanneer er nog andere – wellicht onbekende – mogelijkheden voor schuldeisers bestaan om een turbogeliquideerde BV te laten herleven, ontstaat er immers rechtsonzekerheid.

Ondanks dat aan artikel 2:23c lid 1 BW een limitatieve werking lijkt te zijn toegekend door de wetgever, is de Hoge Raad een andere mening toegedaan. Volgens de Hoge Raad brengt het wettelijk stelsel niet mee dat de rechter het oordeel van het bestuur omtrent het al dan niet aanwezig zijn van baten ten tijde van ontbinding van een BV niet zou kunnen toetsen in het kader van een op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW gevoerde procedure tot heropening. De Hoge Raad heeft in 1995 namelijk overwogen dat het oordeel van het bestuur omtrent het al dan niet aanwezig zijn van baten ten tijde van de ontbinding (als gevolg waarvan een turboliquidatie van een BV heeft plaatsgevonden) vatbaar is voor toetsing door de rechter indien een schuldeiser het faillissement van de BV aanvraagt:

> *'Wanneer summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en bovendien aan de overige vereisten voor faillissement is voldaan, kan de rechter het faillissement uitspreken en moet de BV worden geacht ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.'*[83]

A-G Timmerman deelt deze opvatting van de Hoge Raad:

> *'Voor het aanwezig zijn van een bate is voldoende dat de rechtspersoon pretendeert een vorderingsrecht te hebben in een rechtsgeding waarin nog geen definitieve uitspraak is gedaan. (...). De weg van heropening van de vereffening hoeft niet te worden gevolgd om van Zohar weer een levende, zij het ontbonden rechtspersoon te maken. Deze gedachtengang is m.i. in overeenstemming met HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579. Daarin besliste de Hoge Raad dat het oordeel dat een rechtspersoon geen baten meer heeft vatbaar is voor toetsing door de rechter. Uit deze uitspraak blijkt bovendien dat het oordeel van het bestuur van een rechtspersoon niet zonder meer doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of de rechtspersoon voortbestaat. Of een rechtspersoon blijft voortbestaan, is een vraag die vooral inhoudelijk, materieel, materialistisch (is er nog een bate?) bezien dient te worden. Dit door de wetgever en Hoge Raad ontwikkelde systeem lijkt mij voor de praktijk wenselijk. Men voorkomt dat in al te veel gevallen een heropening van de vereffening via de rechter gevraagd dient te worden.'*[84]

In een later arrest[85] herhaalt de Hoge Raad zijn overweging over de mogelijkheid tot heropening van de vereffening zonder de weg van artikel 2:23c lid 1 BW te volgen. Deze zaak betrof een executoriaal beslag op aandelen van een turbogeliquideerde BV, waarbij door een schuldeiser werd verzocht om in die procedure op de voet van artikel 474g Rv te bepalen dat zou worden overgegaan tot verkoop en overdracht van de in beslag genomen aandelen van de turbogeliquideerde BV. Aan de zijde van het bestuur van deze BV werd aangevoerd dat alvorens deze procedure te starten, de weg van artikel 2:23c lid 1 BW zou dienen te worden gevolgd teneinde de BV te laten herleven. Dit zou slechts anders zijn in het geval waarin een schuldeiser het faillissement heeft aangevraagd van een ontbonden BV die bij afwezigheid van bekende baten had opgehouden te bestaan:

> *'Sinds HR 27 januari 1995, NJ 1995/579 wordt immers als enige uitzondering aanvaard het geval waarin een schuldeiser het faillissement heeft verzocht van een ontbonden rechtspersoon die bij afwezigheid van (bekende) baten was opgehouden te bestaan, in welk geval zonder een (her)opening van de vereffening op de voet van art. 2:23c BW*

83 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer, r.o. 4.3. (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
84 Conclusie A-G Timmerman onder 2.3. bij HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 330 (*Zohar Foods International*).
85 HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338.

> *vorenbedoeld oordeel van het bestuur wel door de faillissementsrechter kan worden getoetst als de schuldeiser bij aanvrage stelt dat die vennootschap nog baten heeft. (...). Alleen in zo'n geval is het volgens deze rechtspraak van de Hoge Raad gewettigd dat de rechter in de faillissementsprocedure direct tot het oordeel kan en mag komen dat summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat nog baten zijn zodat hij, indien aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan, het faillissement kan uitspreken van de ontbonden vennootschap die alsdan uitsluitend 'ter afwikkeling van het faillissement' wordt geacht te zijn blijven bestaan. Naast de in art. 2:23c bedoelde (rechts)gang tot (her)opening van de vereffening, is de in art. 194 F. neergelegde faillissementsvereffening aan te merken als bijzondere wijze van een door de rechter geopende/heropende vereffening in de zin van art. 2:23c BW, welke vereffeningswijzen qua doel en strekking op elkaar lijken en ook wetshistorisch beschouwd in elkaars verlengde liggen.*[86]

A-G Wesseling-Van Gent stelt in haar conclusie bij dit arrest – in overeenstemming met de opvatting van de Hoge Raad in het eerder aangehaalde arrest uit 1995[87] – dat het wettelijk systeem niet dwingt tot heropening als bedoeld in artikel 2:23c lid 1 BW indien met betrekking tot een ontbonden BV in een procedure wordt gesteld dat er nog baten zijn. Wesseling-Van Gent gaat in haar conclusie echter nog verder. Zij is van mening dat de weg van artikel 2:23c lid 1 BW niet slechts achterwege kan worden gelaten indien het een faillissementsaanvrage betreft, maar ook in andersoortige procedures:

> *'Anders dan het middel betoogt, heeft de Hoge Raad m.i. in zijn arrest van 1995 niet geoordeeld dat de weg van art. 2:23c BW alleen achterwege kan worden gelaten indien het gaat om een faillissementsprocedure. De desbetreffende rechtsoverweging 4.3 is m.i. daarvoor te algemeen geformuleerd. Daarnaast is er een proceseconomische reden om in een geval als het onderhavige waarin de enig aandeelhouder en bestuurder van de ontbonden rechtspersoon als verweerster optreedt, zich tegen het verzoek tot verkoop van in beslag genomen aandelen verweert met de stelling dat die rechtspersoon bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders is ontbonden en wegens gebrek aan baten per die datum ook is opgehouden te bestaan, de vraag of er al dan niet baten zijn in die procedure te beantwoorden. De eis dat dat geschilpunt wordt uitgemaakt in een afzonderlijke procedure tot heropening van de vereffening op de voet van artikel 2:23c BW kost extra tijd en geld voor partijen en capaciteit van de rechterlijke macht.*[88]

86 HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338, toelichting en uitwerking op de klachten onder 3c.
87 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer, r.o. 4.3. (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
88 Conclusie A-G Wesseling-van Gent bij HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338.

De Hoge Raad volgt A-G Wesseling-Van Gent in zijn arrest:

> *'Anders dan zij betoogt is het hiervoor in 3.4. aangehaalde arrest van de Hoge Raad* [HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579, m.nt. Maeijer (Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.)], *waarin is overwogen dat het oordeel van het bestuur of de vereffenaar van een ontbonden rechtspersoon over de aanwezigheid van baten vatbaar is voor toetsing door de rechter, niet beperkt tot de aanvrage van een faillissement. Ook in andere procedures waarin een geschil is of een ontbonden rechtspersoon over baten beschikt, kan de rechter het oordeel van het bestuur of de vereffenaar van deze rechtspersoon dat zij geen baten (meer) heeft, op juistheid onderzoeken. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat het in onderhavige procedure aldus kon beslissen en dat daartoe niet de procedure van art. 2:23c lid 1 BW behoefde te worden gevolgd.'*[89]

In de lagere rechtspraak wordt deze opvatting van de Hoge Raad gevolgd.[90]

Ook Kroeze lijkt van mening dat aan artikel 2:23c lid 1 BW geen limitatieve werking toekomt:

> *'Ook als de rechtspersoon (gesteld) is opgehouden te bestaan en dit is ingeschreven in het handelsregister, hoeft in dat geval niet de weg van art. 2:23c BW te worden gevolgd.'*[91]

Mede met het oog op de (gewenste) rechtszekerheid, is het mijns inziens een zeer onwenselijke situatie wanneer een turbogeliquideerde BV – anders dan via de weg van artikel 2:23c lid 1 BW (en de faillissementsaanvrage) – kan herleven door het voeren van een andere gerechtelijke procedure. Het is op deze wijze voor schuldeisers, maar ook voor het bestuur en de aandeelhouders van de turbogeliquideerde BV, onduidelijk waar zij aan toe zijn. Zoals beschreven dient aan artikel 2:23c lid 1 BW een limitatieve werking toe te komen. Als gevolg van deze limitatieve werking kan een turbogeliquideerde BV alleen herleven wanneer de weg van artikel 2:23c lid 1 BW wordt gevolgd, althans wanneer sprake is van een bate die pas na de turboliquidatie ontstaat of een bate die tijdens de turboliquidatie niet bekend was en redelijkerwijs niet bekend had behoren te zijn bij het bestuur. Wanneer sprake is van een bate die ten tijde van de turboliquidatie wel bekend was of redelijkerwijs bekend had behoren te zijn bij het bestuur, behoeft de weg van artikel 2:23c lid 1 BW niet te worden gevolgd, de BV is dan nimmer opgehouden te bestaan op grond van artikel 2:19 lid 5 BW.[92]

---

89 HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338, r.o. 3.5.

90 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274, r.o. 2. en Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, m.nt. Nethe, r.o. 6.

91 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 403.

92 Zie paragraaf 8.5.

8.6.2 De bewoordingen van de Hoge Raad: 'overige vereisten voor het faillissement'

Naast de problematiek rondom de al dan niet limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW, is het opmerkelijk is dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1995 spreekt over *'de overige vereisten voor het faillissement'*. Uit het gebruik van de term 'overige' volgt dat de Hoge Raad het *'summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn'* kwalificeert als een voorwaarde voor het faillissement. Voor faillietverklaring is echter vereist dat summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en wanneer een schuldeiser het faillissementsverzoek doet, summierlijk blijkt van zijn vorderingsrecht (artikel 1 jo. 6 lid 3 Fw). Uit jurisprudentie volgt dat voor het aannemen van een dergelijke toestand twee minimumvereisten gelden. Allereerst is vereist dat de BV meerdere schuldeisers heeft,[93] hetgeen verklaarbaar is gelet op het doel van het faillissement; de verdeling van het vermogen van de failliet onder de gezamenlijke schuldeisers. Het vereiste van meerdere schuldeisers wordt ook wel aangeduid als het pluraliteitsvereiste.[94] Voor het laten uitspreken van een faillissement heeft de verzoekende schuldeiser dus een steunvordering nodig. Uit jurisprudentie blijkt dat een steunvordering al snel wordt aangenomen; de steunvordering hoeft niet opeisbaar te zijn en de omvang hoeft niet vast te staan.[95] Een ander vereiste om te kunnen spreken van de toestand te hebben opgehouden betalen als bedoeld in artikel 1 Fw is de opeisbaarheid van tenminste één vordering. Het is niet vereist dat de vordering van de aanvrager opeisbaar is.[96] Bovendien dient de aanvrager een redelijk belang bij het faillissement te hebben en mag de bevoegdheid tot faillissementsaanvrage niet worden misbruikt.[97]

Het door de Hoge Raad gestelde vereiste van *'summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn'* is dus in de wettekst noch in de jurisprudentie als voorwaarde voor faillissement van een BV te vinden. Deze voorwaarde lijkt tekstueel wel sterk op de in artikel 6 lid 3 Fw gestelde voorwaarde, maar het bestaan van baten en het verkeren van de schuldenaar in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, zijn volgens mij twee verschillende zaken.

Ook het hof Arnhem-Leeuwarden gaat ervan uit dat het *'summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn'* een voorwaarde voor faillietverklaring van een (turbogeliquideerde) BV is:

---

93 HR 30 september 1955, *NJ* 1956,319, HR 22 maart 1985, *NJ* 1985, 548, m.nt. G en HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 957.

94 Polak & Pannevis 2014, p. 16.

95 HR 19 januari 1961, *NJ* 1961, 492 (*Hoeksma en Niewijk/Kramer*), HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 216 en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640.

96 HR 18 maart 1983, *NJ* 1983,568.

97 Polak & Pannevis 2014, p. 24-25.

> *'Nu het hof van oordeel is dat voldoende aannemelijk is dat er nog baten zijn, zal thans beoordeeld worden of aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan.'*[98]

De rechtbank Arnhem, verwijzend naar bovenvermeld arrest van de Hoge Raad, formuleerde een en ander wel juist:

> *'Vooropgesteld wordt dat volgens vaste jurisprudentie het oordeel van het bestuur van een ontbonden rechtspersoon, dat een rechtspersoon geen baten meer heeft en is opgehouden te bestaan, vatbaar is voor toetsing door de rechter, indien een schuldeiser, stellende dat de rechtspersoon nog baten heeft, het faillissement aanvraagt. (...). De rechter dient dan niet alleen te beoordelen of aan de vereisten voor faillissement is voldaan, maar moet ook de vraag beantwoorden of summierlijk is gebleken dat er nog baten zijn. Is aan bedoelde voorwaarden voldaan en wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan moet het faillissement worden uitgesproken en moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan (HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579).'*[99]

De rechtbank Arnhem formuleert het vereiste dat *'summierlijk is gebleken dat er nog baten zijn'* dus niet als één van de vereisten voor faillietverklaring, maar als een vraag die naast de vereisten gesteld aan het faillissement, positief dient te worden beantwoord voor toewijzing van een vordering tot herleving van een turbogeliquideerde BV.

Ook het hof 's-Gravenhage hanteert de juiste formulering:

> *'Vast staat dat sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Evenmin is in dispuut dat voldaan is aan de pluraliteitseis. Daarom kan, als summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, het faillissement worden uitgesproken, ook al is de vennootschap reeds ontbonden. In dat geval moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.'*[100]

Opmerkelijk is dat Nethe in haar noot bij dit arrest een onjuiste formulering hanteert en daarmee het *'summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn'* betitelt als één van de vereisten gesteld aan een faillissement:

98 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3418.
99 Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274, r.o. 2.
100 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, m.nt. Nethe, r.o. 6.

> *'Ontbonden rechtspersonen kunnen failleren mits aan de vereisten voor faillietverklaring wordt voldaan. Het faillissement kan volgens de Hoge Raad in het hiervoor al genoemde Adjuncten Properties Holding/Söderqvist-arrest worden uitgesproken indien summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog een bate is of baten zijn. Bovendien moet voldaan zijn aan de overige vereisten van faillietverklaring (ten minste één opeisbare vordering, toestandvereiste, pluraliteitsvereiste, etc.).'*[101]

Afgezien van het feit dat de Hoge Raad afwijkt van het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW voor wat betreft de limitatieve werking en – al dan niet abusievelijk – de voorwaarden gesteld aan het faillissement van een herleefde turbogeliquideerde BV laat afwijken van de voorwaarden gesteld aan een faillissement ingevolge de wet en jurisprudentie en daarmee naar mijn mening afbreuk doet aan de rechtszekerheid, draagt het arrest van de Hoge Raad in 1995[102] wel een steentje bij aan de bescherming van derden. Wanneer een turbogeliquideerde BV via de procedure van artikel 2:23c lid 1 BW herleeft, behoeft deze herleving niet te worden ingeschreven in het handelsregister.[103] Dit heeft tot gevolg dat degenen die de procedure tot heropening van de vereffening niet hebben gestart, hoogstwaarschijnlijk niet op de hoogte zijn van de herleving en de daardoor ontstane mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken. Dit komt de bescherming van derden evident niet ten goede. Wanneer een turbogeliquideerde BV daarentegen herleeft door middel van een faillissement – zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad in 1995[104] – rust op grond van de Faillissementswet op de curator de verplichting tot publicatie van de herleving. Immers, op grond van artikel 14 lid 3 Fw dient de curator – na faillietverklaring – onverwijld een uittreksel uit het vonnis van de faillietverklaring te plaatsen in de Staatscourant.[105] Op deze wijze hebben degenen die de procedure tot herleving van de turbogeliquideerde BV door middel van de faillietverklaring niet hebben geëntameerd (in tegenstelling tot degenen die een procedure tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW niet hebben gestart), de mogelijkheid bekend te worden met de herleving van de BV.

8.7 Samenvatting en conclusie

De mogelijkheid tot herleving van een turbogeliquideerde BV is opgenomen in het eerste lid van artikel 2:23c BW. De wetgever hanteert in de artikelen betreffende de herleving van een turbogeliquideerde BV – de artikelen 2:19 lid 4 en 5 en 2:23c lid 1 BW – opmerkelijke termen: *'houdt op te bestaan', 'voortbestaan'* en *'herleeft',*

101 Noot Nethe onder 6 bij Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, m.nt. Nethe.
102 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
103 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 20.
104 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
105 Polak & Pannevis 2014, p. 52-53.

terwijl deze termen alleen maar onduidelijkheid opleveren ten aanzien van de tussenliggende periode.

Een herroepingsbesluit zou volgens mij ook mogelijk dienen te zijn in geval van een ontbinding via een turboliquidatie.

Artikel 2:19 lid 5 BW en artikel 2:23c lid 1 BW conflicteren met elkaar wanneer ten onrechte tot turboliquidatie wordt overgaan. In de jurisprudentie en literatuur zijn in onderhavig kader twee opvattingen waarneembaar: de *essentia-leer* en de *resuscito-leer.* De vraag rijst welke leer de voorkeur verdient. Naar mijn mening is de oplossing echter niet gelegen in één van de besproken opvattingen, maar in de middenweg tussen beiden: de *solutio-leer,* waarbij het ontstaansmoment van de baten en de wetenschap van het bestuur van doorslaggevende betekenis zijn.

Onduidelijkheden van geheel andere aard ten aanzien van de herleving van de turbogeliquideerde BV zijn ontstaan als gevolg van een arrest van de Hoge Raad gewezen in 1995. De Hoge Raad lijkt geen limitatieve werking toe te kennen aan artikel 2:23c lid 1 BW, in die zin dat een ontbonden BV ook zonder de weg van artikel 2:23c lid 1 BW te volgen, kan herleven. Bovendien stelt de Hoge Raad een extra voorwaarde aan het faillissement van een turbogeliquideerde BV. Dit leidt tot rechtsonzekerheid.

Hoofdstuk 9

DE GEVOLGEN VAN DE HERLEVING VAN DE TURBOGELIQUIDEERDE BV BUITEN FAILLISSEMENT[1]

9.1 Inleiding

Zoals beschreven in hoofdstuk 8, houdt een turbogeliquideerde BV op te bestaan op het tijdstip van ontbinding en herleeft de BV wanneer de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW wordt heropend of de BV alsnog failliet wordt verklaard. Uit de door de wetgever gehanteerde termen '*houdt op te bestaan*' en '*herleeft*', lijkt te volgen dat de BV in de tussentijd 'niet bestaat'.[2] Naar mijn mening zijn de gehanteerde termen echter onjuist en vindt een dergelijke herleving plaats met terugwerkende kracht[3] (zodat de BV geacht wordt ook in de tussentijd te hebben bestaan),[4] hetgeen ik gewenst acht vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, derdenbescherming[5] en proceseconomie.[6] Het lijkt mij dat de wetgever niet heeft bedoeld om aan de herleving van een BV geen terugwerkende kracht toe te kennen. Dan komt immers het eigenlijke doel van de herleving van een turbogeliquideerde BV (zijnde het waarborgen van de bescherming van schuldeisers door de alsnog bestaande baten te vereffenen), niet tot haar recht, althans in de situatie waarin sprake is van een bate die ten tijde van ontbinding nog niet bestond. Wanneer aan de herleving van een BV in een dergelijke situatie geen terugwerkende kracht wordt toegekend, bestond ten tijde van het ontstaan van de bate de BV niet en een niet-bestaande BV kan geen schuldenaar (of schuldeiser) zijn.

Wanneer een turbogeliquideerde BV – met terugwerkende kracht – herleeft, kan men twee situaties onderscheiden. Enerzijds kan de herleving van de turbogeliquideerde BV gepaard gaan met een faillissement en anderzijds kan de turbogeliquideerde BV herleven zonder vervolgens in faillissement te geraken.

---

1 Hoofdstuk 9 is een uitwerking van Renssen 2013-2.
2 Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:19 BW, aant. 8, Deventer: Kluwer 2013.
3 Zie ook Van den Ingh 1994, p. 814 en Hagens 2011, p. 181-184.
4 Zie ook Van de Streek e.a. 2012, onder 1.0.3.B.b.13.
5 Met het oog op de derdenbescherming blijft zich desondanks een probleem voordoen, aangezien er volgens de minister in geval van herleving geen herinschrijving in het handelsregister hoeft plaats te vinden, hetgeen zou blijken uit de woorden '*doch uitsluitend ter afwikkeling van die vereffening*', *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7 (MvA), p. 20 en Snijder-Kuipers, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:23c BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2012.
6 Zie ook Van den Ingh 1994, p, 814.

Wanneer een herleefde turbogeliquideerde BV niet failliet wordt verklaard, maar enkel ter afwikkeling van de heropende vereffening herleeft, is het bestuur nog niet uit zijn lijden verlost. Ook dan kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. Men kan hierbij denken aan de interne bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:9 BW (paragraaf 9.2), de onlangs ingevoerde interne bestuurdersaansprakelijkheid op basis van artikel 2:216 lid 3 BW (paragraaf 9.3) de externe bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 6:162 BW (paragraaf 9.4), de fiscale aansprakelijkheid op grond van de Invorderingswet (paragraaf 9.5) en de aansprakelijkheid in concernverhoudingen (paragraaf 9.6).

9.2 Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW

> *'Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.'*[7]

Zo luidt het eerste lid van artikel 2:9 BW. In het tweede lid van voormeld artikel is een op de in het eerst lid opgenomen bestuurstaak toegespitste aansprakelijkheidsnorm geformuleerd:

> *'Elke bestuurder draagt de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.'*

Hieronder zal eerst de interne aansprakelijkheidsnorm van artikel 2:9 BW worden uitgewerkt (paragraaf 9.2.1), waarna wordt ingegaan op de interne aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie (paragraaf 9.2.2).

7 Ingevolge het ambtelijk wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, dat begin 2014 door de minister openbaar werd gemaakt voor een internetconsultatie, zal aan de eerste zin van artikel 2:9 BW de volgende zinsnede worden toegevoegd: *'en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie'*. Hiermee wordt beoogd de norm waarnaar bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten verrichten, te uniformeren voor alle rechtspersonen. Er wordt geen nieuw intern aansprakelijkheidsregime beoogd. Zie ook: Renssen 2015-3, p. 8-11.

9.2.1 De interne aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders

Artikel 2:9 BW brengt voor de bestuurder een inspanningsverbintenis met zich.[8] Er is slechts sprake van een tekortkoming in de bestuurlijke taakvervulling indien het bestuur is tekortgeschoten in de inspanning die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kon worden verlangd. Een vordering op grond van artikel 2:9 BW dient door de BV te worden ingesteld en in geval van faillissement door de curator (artikel 2:248 lid 8 BW).

Artikel 2:9 BW bevat als het ware twee normen: de gedragsnorm en de toetsingsnorm (ook wel aangeduid als de aansprakelijkheidsnorm).[9] Voor aansprakelijkheid op grond van dit artikel dient gesproken te kunnen worden van onbehoorlijk bestuur en van een ernstig verwijt.

Ten aanzien van de gedragsnorm 'onbehoorlijk bestuur' geldt dat de bestuurder zijn taak slechts onbehoorlijk heeft vervuld wanneer hij niet heeft gehandeld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende bestuurder die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.[10] Onder behoorlijk bestuur wordt in ieder geval verstaan: het leiding geven aan de onderneming, zijn activa en (arbeids)organisatie, het beheer van zijn activa (waaronder ook zijn handelsnaam, merken en intellectuele en industriële eigendom), het financieel beheer en de planning, de vertegenwoordiging van de vennootschap en het naleven van statutaire regels en wettelijke regelgeving voor zijn organisatie en activiteiten.[11]

Ten aanzien van de toetsings- of aansprakelijkheidsnorm 'ernstig verwijt' geldt dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen ter beantwoording de vraag of sprake is van een ernstig verwijt. In het Staleman/Van de Ven-arrest heeft de Hoge Raad een niet-limitatieve opsomming gegeven van dergelijke in aanmerking te nemen omstandigheden: de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijn, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[12]

8 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 179.
9 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 448.
10 HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 m.n.t G. van Solinge (*Laurus*).
11 Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 277.
12 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

Het vereiste van ernstige verwijtbaarheid vloeit sinds 1 januari 2013 voort uit de tekst van artikel 2:9 BW, maar de Hoge Raad stelt deze eis al jaren voor het aannemen van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap.[13]

Wat onder een ernstig verwijt dient te worden verstaan, is door de Hoge Raad in latere jurisprudentie verder uitgewerkt. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bestuurder niet bedacht hoeft te zijn op de noodzaak de handelingen te verrichten waarvan hem verweten wordt dat hij deze achteraf heeft nagelaten.[14] Voorts heeft de Hoge Raad overwogen dat de omstandigheid dat een bestuurder heeft gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen, als zwaarwegende omstandigheid dient te worden aangemerkt op grond waarvan de bestuurder in beginsel aansprakelijk is. Het is dan aan de bestuurder om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen geen ernstig verwijt oplevert.[15]

Het uitgangspunt in geval van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is het beginsel van collectief bestuur. Indien sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur van één of meerdere bestuurders zijn in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk. Het tweede lid van artikel 2:9 BW biedt een aangesproken bestuurder een disculpatiemogelijkheid indien een bestuurder – gelet op de onderlinge taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Echter, ten aanzien van de hoofdlijnen van het beleid en andere ingrijpende bestuursbesluiten blijft het gehele bestuur verantwoordelijk.[16]

9.2.2 Interne aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie

Uiteraard kan van aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW ook sprake zijn in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV en wel als de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Artikel 2:9 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV een opmerkelijke 'dubbelrol'. Enerzijds kan de aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW worden gezien als een gevolg van de herleving. Zonder herleving zou de BV immers niet bestaan en zou de bestuurder van de BV ook niet aansprakelijk kunnen worden gesteld.

---

13 Zie onder andere HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), Hof 's-Gravenhage 6 april 1999, *JOR* 1999/142 (*Verto/Drenth*), HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (*Skipper/Jaarsma*) en HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

14 HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586 m.nt. Maeijer (*Van Dooren/Hendriks*).

15 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

16 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 181.

Anderzijds kan artikel 2:9 BW worden aangemerkt als de oorzaak van de herleving. De vordering op grond van artikel 2:9 BW wordt in de literatuur namelijk aangemerkt als bate, op grond waarvan de turbogeliquideerde BV kan herleven of failliet kan gaan. Dat de vordering van artikel 2:9 BW een bate oplevert in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW is ook logisch, nu het een vordering van de BV zelf betreft. Dit heeft tot gevolg dat wanneer een vordering op grond van artikel 2:9 BW wordt toegewezen vermogen in de BV terecht komt, hetgeen voor vereffening in aanmerking komt.

De schuldeiser die het heropeningsverzoek of de faillissementsaanvraag doet, moet de vordering op grond van artikel 2:9 BW wel aannemelijk maken.[17] Dit volgt uit de jurisprudentie:

> *'Een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW kan weliswaar een bate opleveren voor de rechtspersoon, maar er is niet summierlijk gebleken dat een dergelijke vordering in dit geval kans van slagen heeft.'*[18]

Oppedijk van Veen wijst er in dit kader op dat een procedure tot heropening of faillietverklaring in geval van een turbogeliquideerde BV zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar het handelen van bestuurders en dat de vordering op grond van artikel 2:9 BW strekt tot bescherming van de belangen van de rechtspersoon, niet tot bescherming van de belangen van een derde.[19]

Kortom: wanneer een schuldeiser een vordering op grond van artikel 2:9 BW wil aanwenden als bate op grond waarvan de vereffening kan worden heropend, dient deze schuldeiser in het oog te houden dat de vordering op grond van artikel 2:9 BW aannemelijk dient te worden gemaakt, de heropeningsprocedure zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar het al dan niet bestaan van een vordering op grond van artikel 2:9 BW en dat de vordering ex artikel 2:9 BW is voorbehouden aan de rechtspersoon.

Een goed voorbeeld van interne bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een herleving van een turbogeliquideerde BV is de situatie waarin het bestuur weet dat er nog baten en/of schulden binnen de BV bestaan, maar de algemene vergadering hiervan niet op de hoogte stelt en bij de inschrijving van de ontbinding van de BV bij de Kamer van Koophandel aangeeft dat er ten tijde van de ontbinding geen baten meer bestaan.

17 Van der Korst 2009, onder 7.
18 Hof Amsterdam 31 maart 2011, *JOR* 2011/307, r.o. 3.9.
19 Oppedijk van Veen 2006, p. 73.

9.3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW

Sinds de invoering van de Wet Flex-BV kunnen bestuurders van een BV ook op grond van artikel 2:216 lid 3 BW door/namens de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld:

> *'Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering (...) Niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.'*

Hieronder zal allereerst de aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders van artikel 2:216 lid 3 BW worden uitgewerkt (paragraaf 9.3.1). Vervolgens zal worden ingegaan op deze aansprakelijkheidsgrond in geval van turboliquidatie (paragraaf 9.3.2).

9.3.1 De aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders ex artikel 2:216 lid 3 BW[20]

Voor 1 oktober 2012 waren de regels aangaande kapitaalbescherming inzake winst en uitkeringen opgenomen in artikel 2:216 lid 2 en lid 4 BW (oud). Ten aanzien van winstuitkering bepaalden het eerste en derde lid van artikel 2:216 BW (oud) dat – voor zover bij de statuten niet anders was bepaald – de winst ten goede kwam aan de aandeelhouders en dat uitkering van winst plaatsvond na vaststelling van de jaarrekening waaruit moest blijken dat winstuitkering geoorloofd was. Het tweede lid (oud) bepaalde dat de BV aan de aandeelhouders en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen kon doen voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moesten worden gehouden. Het vierde lid (oud) zag op tussentijdse uitkeringen en bepaalde dat deze slechts door de BV mochten worden gedaan, indien de statuten dit toelieten en aan het vereiste van het tweede lid (oud) was voldaan. Met de invoering van de Wet Flex-BV is artikel 2:216 BW aanzienlijk veranderd. Het eerste lid van artikel 2:216 BW bepaalt nu dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst die door de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van de uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet en de statuten moeten worden aangehouden. Het tweede lid van artikel 2:216 BW bepaalt vervolgens dat een besluit dat

20 Zie Canisius & Canisius 2014 voor een algehele uiteenzetting inzake artikel 2:216 BW.

strekt tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur mag slechts weigeren tot goedkeuring van de uitkering indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De kapitaalbescherming jegens schuldeisers is met invoering van de Wet Flex-BV dus niet langer gebaseerd op een volledige balanstest (*het eigen vermogen is groter dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden*), maar berust op een systeem waarin de geoorloofdheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie waarin de BV zich bevindt ten tijde van het doen van de uitkeringen, waarbij nog steeds de wettelijke en statutaire reserves een rol spelen. Ten aanzien van het doen van uitkeringen dienen nu twee testen te worden verricht; de balanstest en de uitkeringstest. De balanstest is gecodificeerd in het eerste lid van artikel 2:216 BW en houdt in dat een uitkering niet tot gevolg mag hebben dat het eigen vermogen van de BV kleiner wordt dan de wettelijke of statutaire reserves. De uitkeringstest is gecodificeerd in het tweede lid van artikel 2:216 BW en houdt in dat een besluit van de algemene vergadering tot uitkering geen gevolgen heeft, zolang het bestuur aan dit besluit geen goedkeuring heeft verleend. Bij deze uitkeringstest zal het bestuur alle relevante omstandigheden van het concrete geval dienen mee te nemen, zoals de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit van de BV.[21] In deze nieuwe regeling ontbreekt een specifieke voorziening voor tussentijdse uitkeringen, hetgeen betekent dat deze ook onder de werking van artikel 2:216 BW vallen.[22]

De bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van uitkeringen is vastgelegd in het derde lid van artikel 2:216 BW. De minister is van mening dat met deze nieuwe aansprakelijkheidsnorm tot uitdrukking wordt gebracht dat op het bestuur een bijzondere verantwoordelijkheid rust ten aanzien van uitkeringen aan aandeelhouders. Deze verantwoordelijkheid brengt mee dat het bestuur dient te onderzoeken of de uitkering daadwerkelijk mogelijk is, zonder dat de BV in een situatie komt te verkeren waarin zij niet meer kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit impliceert, aldus de minister, dat binnen het bestuur van een BV voldoende financiële expertise aanwezig dient te zijn, dan wel dat gebruikt dient te worden gemaakt van een extern financieel deskundige.[23] Met de zinsnede '*redelijkerwijs behoort te voorzien*' wordt volgens de minister aangeduid dat de termijn van voorzienbaarheid beperkt is tot een redelijke periode vanaf de uitkering: de

21 De Jonge en Vossen-Van Eldik 2012, p. 267.
22 Kupperman 2012, p. 281.
23 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 32 e.v. en Kupperman 2012, p. 282.

wetenschap zal zich in beginsel niet langer dan één jaar na de uitkering kunnen uitstrekken. Een uitzondering hierop is de situatie waarin het bestuur ervan op de hoogte is dat de BV over anderhalf jaar een omvangrijke belastingschuld dient af te lossen.[24]

Op grond van artikel 2:216 lid 3 BW zal een bestuurder die zijn taak behoorlijk verricht in de zin van artikel 2:9 BW voor iedere uitkering een uitkeringstest dienen te doen die aan de hierboven beschreven voorwaarden voldoet. In het derde lid van artikel 2:216 BW is voor de individuele bestuurder een mogelijkheid tot disculpatie opgenomen, net als in artikel 2:9 BW.[25] De bestuurder zal dan dienen te bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de BV de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, zal dus de uitkeringstoets (plus de onderbouwing ervan) alsmede de verklaring van de accountant en overige adviseurs, schriftelijk vastleggen en ervoor zorgen dat de administratie van de BV op orde is. Van een ernstig verwijt zal geen sprake zijn wanneer de betalingsproblemen van de BV het gevolg zijn van op het moment van de goedkeuring aan de uitkering door het bestuur onvoorziene externe omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het wegvallen van een belangrijke afnemer.[26]

De omvang van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW is het bedrag/ de waarde van de betreffende uitkering vermeerderd met de wettelijke rente. Bovendien heeft de bestuurder in dat geval recht op een vergoeding van de ontvanger van de uitkering (veelal een aandeelhouder), indien de ontvanger wist of kon voorzien dat na de uitkering betalingsonmacht binnen de BV zou bestaan. Het is aan de bestuurder om deze vergoeding te vorderen.[27]

Wanneer een BV in faillissement verkeert, kan de curator zich ook beroepen op artikel 2:216 lid 3 BW, waarbij aannemelijk is dat het verzuim om een zorgvuldige uitkeringstoets uit te voeren, kwalificeert als een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW.[28]

9.3.2 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW in geval van turboliquidatie

Doordat artikel 2:216 lid 3 BW recentelijk is ingevoerd, ontbreekt jurisprudentie over de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van dit artikel in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV. Omdat de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3

24 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 30.
25 Zie paragraaf 9.2.
26 Kupperman 2012, p. 287.
27 Kupperman 2012, p. 287.
28 Kupperman 2012, p. 288.

BW, net als de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW, van interne aard is en de vordering dus slechts door de BV zelf kan worden ingesteld, ben ik van oordeel dat een vordering ex artikel 2:216 lid 3 BW een bate oplevert op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan herleven. De vergoeding voortvloeiend uit deze aansprakelijkheidsgrond valt immers in het vermogen van de BV, dat vervolgens vereffend kan worden.

Artikel 2:216 lid 3 BW speelt dus – net zoals artikel 2:9 BW – een 'dubbelrol' en kan worden gezien als de oorzaak van de herleving, maar ook als het gevolg ervan. Na de herleving zal immers een aansprakelijkheidsstelling op grond van artikel 2:216 lid 3 BW kunnen plaatsvinden. Met andere woorden: de BV dient eerst te bestaan voordat kan worden overgegaan tot aansprakelijkheidstelling.

Zoals zal blijken uit de volgende paragraaf, is de bestuurder jegens een derde aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van die derde in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Hiervan zal in ieder geval sprake zijn wanneer de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat zijn handelwijze de niet-nakoming tot gevolg zou hebben en er ook geen verhaal zou volgen, waarmee de norm voor aansprakelijkheidsstelling op grond van artikel 2:216 lid 3 BW lijkt op de externe aansprakelijkheidsnorm van artikel 6:162 BW.

9.4 Externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Een bestuurder van een BV kan – ondanks dat de BV een rechtspersoon en daarmee zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is – onder omstandigheden naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 6:162 BW. Dit kan het geval zijn wanneer de bestuurder persoonlijk een aan hem toe te rekenen onrechtmatige daad pleegt jegens een derde, waarbij uiteraard aan de overige vereisten gesteld aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad moet zijn voldaan. Er dient dus sprake te zijn van: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, een causaal verband en relativiteit.[29] Beslissend is of aan de bestuurder persoonlijk kan worden verweten dat hij jegens de derde de norm van artikel 6:162 BW heeft geschonden, waarbij sprake dient te zijn van een ernstig verwijt.[30]

29 Zie de artikelen 6:162 en 163 BW.

30 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 189.

9.4.1 De externe aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders

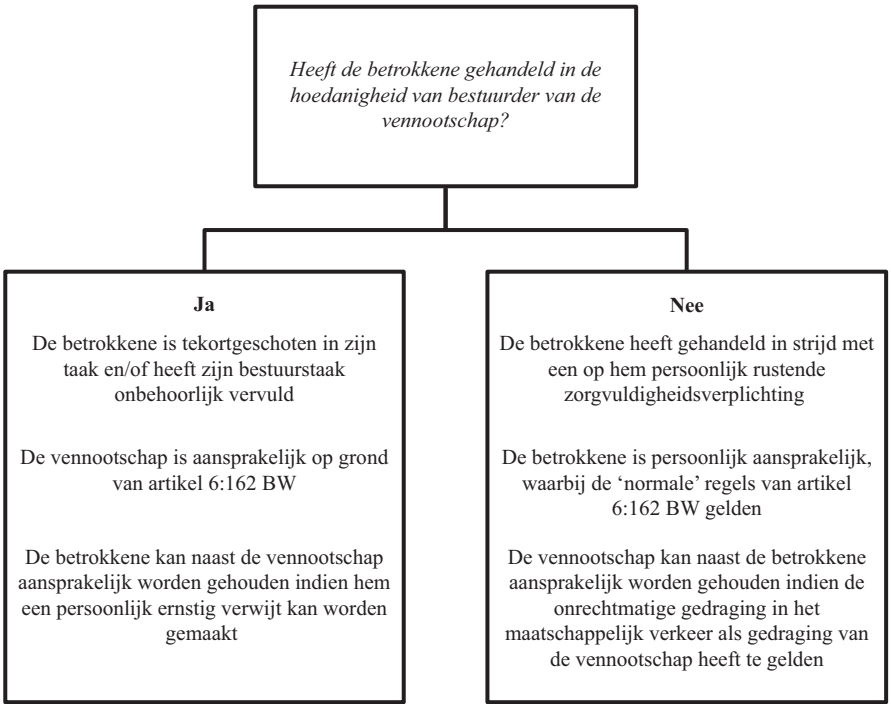
Uit de jurisprudentie volgt dat een bestuurder van een BV in een tweetal situaties persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld naast de vennootschap jegens derden op grond van artikel 6:162 BW.[31] Dit kan zich allereerst voordoen wanneer de bestuurder de vennootschap te lichtvaardig heeft verbonden.[32] De bestuurder is in een dergelijke situatie aansprakelijk wanneer hij, bij het namens de BV aangaan van verbintenissen, wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de BV niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (de zogenaamde Beklamelnorm).[33]

De tweede situatie is die waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de BV haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. De bestuurder is in een dergelijke situatie aansprakelijk wanneer het handelen of nalaten van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[34]

Het is echter ook mogelijk dat een bestuurder van een BV niet op grond van zijn tekortschietende of onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder, maar op grond van handelen in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting aansprakelijk wordt gehouden jegens een derde. In een dergelijk geval gelden volgens de Hoge Raad *'de gewone regels van onrechtmatige daad',* als gevolg waarvan niet vereist is dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[35] Het is dan niet de vennootschap, maar de bestuurder persoonlijk die aansprakelijk wordt gehouden. Wel is het mogelijk dat de onrechtmatige daad van de bestuurder aan de BV wordt toegerekend indien de betreffende gedraging in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de BV heeft te gelden.[36] Brunner merkt in zijn noot op dat volgens hem als daden van de vennootschap die handelingen van betrokkenen te beschouwen zijn, waardoor de rechtspersoon zelf naar buiten treedt.[37] In een later arrest verduidelijkt de Hoge Raad wanneer sprake is van een gedraging die in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de vennootschap heeft te gelden. Bij de beantwoording van de vraag of dit het geval is, zal onder andere moeten worden gelet op de plaats van de betrokken bestuurder in de organisatie van de vennootschap en de omstandigheden waaronder het in geschil zijnde handelen heeft plaats gevonden,

31 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
32 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 191.
33 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).
34 HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, m.nt. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).
35 HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse villa*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air*).
36 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).
37 Brunner in zijn noot onder HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

aldus de Hoge Raad.[38] In het arrest Provincie Gelderland/Vitesse herhaalt de Hoge Raad zijn standpunt nogmaals.[39] Een en ander kan in het volgende schema worden samengevat:



9.4.2 Externe aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie

Artikel 6:162 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV niet dezelfde opmerkelijke 'dubbelrol' als de artikelen 2:9 en 2:216 BW. In tegenstelling tot de artikelen 2:9 en 2:216 BW kan artikel 6:162 BW niet als oorzaak van de herleving worden gezien. Een vordering op grond van artikel 6:162 BW kan niet gelden als bate op grond waarvan herleving op basis artikel 2:23c lid 1 BW kan plaatsvinden, omdat een dergelijke vordering wordt ingesteld door een benadeelde schuldeiser. Wanneer de vordering op grond van artikel 6:162 BW wordt toegewezen, komt de schadevergoeding die daaruit voortvloeit toe aan de benadeelde schuldeiser. Hierdoor verandert er niets in het vermogen van de BV.

38 HR 2 februari 1990, LJN AB7889, NJ 1990/384.
39 HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, 371 (*Provincie Gelderland/Vitesse*).

Bovendien is het niet altijd nodig dat de BV herleeft teneinde een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen op grond van artikel 6:162 BW. Dit is slechts het geval wanneer de bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk wordt gesteld op grond dat hem als bestuurder een ernstig verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke of tekortschietende taakvervulling de BV in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde. In deze context kan de aansprakelijkheidsgrond van artikel 6:162 BW dus worden gezien als het gevolg van de herleving. Wanneer de bestuurder daarentegen aansprakelijk wordt gehouden op grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm jegens een derde, dan is herleving van de vennootschap niet vereist. Het is immers in eerste instantie slechts de bestuurder – en niet de BV – die aansprakelijk wordt gehouden. Wanneer de derde – vanwege verhaalsmogelijkheden – ook de BV aansprakelijk wil houden op grond van toerekening van de gedraging, dan dient de BV te herleven alvorens aansprakelijkstelling kan geschieden.

Een schuldeiser dient zijn vordering uit hoofde van onrechtmatige daad op de bestuurders van een herleefde turbogeliquideerde BV voldoende te motiveren.[40] Gemotiveerd dient te worden dat het bestuur een verplichting namens de BV aanging terwijl het wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de BV deze verplichting niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor te lijden schade[41] of dat het bestuur heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de BV een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt.[42] Een goed voorbeeld hiervan vormt de situatie waarin in de fase voorafgaand aan het ontbindingsbesluit handelingen zijn verricht waardoor de belangen van schuldeisers zijn verwaarloosd.[43] Deze verwaarlozing kan plaatsvinden doordat de bestuurders voorafgaand aan de ontbinding de toen nog wel aanwezige baten selectief hebben aangewend ter voldoening van bepaalde crediteuren.[44] De verwaarlozing van de belangen van de schuldeisers kan ook plaatsvinden door in de fase voorafgaand aan het ontbindingsbesluit activa te onttrekken aan de BV.[45]

Ten aanzien van de externe bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV geldt dat het enkele feit dat de bestuurder heeft meegewerkt aan het ophouden te bestaan van de BV zonder dat de vordering van de crediteur is voldaan, niet voldoende is voor aansprakelijkheid.[46] In de rechtspraak wordt dit verder aangescherpt. Slechts het ten onrechte overgaan tot een turboliquidatie (lees: de bestuurders laten bewust ten onrechte in het handelsregister aantekenen dat er geen

40 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32, r.o. 5.4.-5.5.
41 Vgl. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).
42 Vgl. HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, m.nt. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).
43 Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, r.o. 5.7 Smid 2002, p. 11 en De Bruijn 2004, p. 217.
44 Rb. Arnhem 6 december 2006, *JOR* 2007/109, r.o. 4.8, Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009, 50 (wenk) en Vetter 2007, p. 41.
45 Noot De Jong bij Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29.
46 Vetter 2007, p. 41 en Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.

baten bestaan ten tijde van ontbinding) levert volgens het kantongerecht Terneuzen geen onrechtmatige daad op,[47] hetgeen in mijn ogen opmerkelijk is. Mijns inziens dient hier een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het bestuur niet wist en redelijkerwijs niet behoorde te weten dat er ten tijde van ontbinding nog baten bestonden en anderzijds de situatie waarin het bestuur wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat er ten tijde van de ontbinding nog baten bestonden. In de eerste situatie levert het ten onrechte overgaan tot turboliquidatie inderdaad geen onrechtmatige daad op; de toerekenbaarheid[48] ontbreekt. Echter, in de laatste situatie is voldaan aan het toerekenbaarheidsvereiste en dient de schuldeiser mijns inziens slechts nog aan te tonen dat hij door deze handeling schade heeft geleden, teneinde tot een aansprakelijkheidstelling te komen.

De rechtbank 's-Hertogenbosch lijkt deze mening ook te zijn toegedaan:

> *'De rechtbank is van oordeel dat het ondanks de aanwezigheid van baten en een schuldeiser achterwege laten van een vereffening na de ontbinding van een vennootschap, tegenover die schuldeiser als onrechtmatig moet worden beschouwd.'*[49]

Uiteindelijk kwam het ook in deze uitspraak niet tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW, omdat de rechtbank van oordeel was dat nog niet vaststond dat de vordering van de schuldeiser onbetaald zou blijven. Evenmin stond vast dat de vordering (volledig) betaald zou zijn indien wel was vereffend.[50] Kortom: volgens de rechtbank 's-Hertogenbosch kunnen bestuurders die ten onrechte zijn overgegaan tot inschrijving van een turboliquidatie onrechtmatig handelen jegens schuldeisers indien hierdoor betaling of nakoming onmogelijk zou worden gemaakt. Dit is mijns inziens een logisch gevolg van twee voorwaarden die worden gesteld aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, namelijk het bestaan van schade en het bestaan van een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging (hier: het ten onrechte inschrijven van een turboliquidatie) en de geleden schade. Uit jurisprudentie en literatuur volgt bovendien dat het enkel niet voeren van overleg en/of het niet doen van mededelingen aan schuldeisers omtrent een voorgenomen turboliquidatie door het bestuur geen grond is voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.[51] Dit is mijns inziens ook terecht, omdat er in een dergelijk geval geen onrechtmatige gedraging plaatsvindt: het bestuur heeft geen verplichting om een dergelijk overleg te voeren of een dergelijke mededeling te doen.

47 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32, r.o. 5.4.
48 Één van de vereisten gesteld aan de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.
49 Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140, m.nt. De Jong, r.o. 4.2.
50 Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140, m.nt. De Jong, r.o. 4.6.
51 Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, r.o. 5.7. en Ohmann 2011, onder 3.2.

De laatste jaren is echter een ontwikkeling in de jurisprudentie waarneembaar op grond waarvan sneller wordt geconcludeerd tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW in geval van onterecht turbogeliquideerde BV's. Zo oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat het niet inlichten van derden met betrekking tot het voornemen van ontbinding van een BV door middel van een turboliquidatie een onrechtmatige daad kan opleveren.[52] Bovendien is het zowel volgens de rechtbank Amsterdam als de rechtbank Noord-Holland onrechtmatig om een BV te ontbinden door middel van een turboliquidatie terwijl er nog schulden zijn:

> *'Ook indien geen vereffening van de [BV] heeft plaatsgevonden, hetgeen op grond van artikel 2:19 lid 4 mogelijk is als er geen baten meer zijn, kan X als bestuurder aansprakelijk zijn als er schulden van de vennootschap waren en hij desondanks niet is overgegaan tot vereffening. Dan wordt immers de schuldeisers een verhaalsrecht ontnomen.'*[53]

respectievelijk:

> *'Aan […] moet wel worden toegegeven, dat de turboliquidatie van [BV] volgens vaste jurisprudentie onrechtmatig is jegens schuldeisers, zelfs als geen baten aanwezig zijn, maar wel schulden. Het lijdt evenmin twijfel dat [X] als bestuurder van [BV] aansprakelijk gesteld kan worden voor de daardoor geleden schade.'*[54]

Voorts kan worden gewezen op een uitspraak van de rechtbank Overijssel, waarin werd geoordeeld dat het als een onrechtmatige daad wordt gezien wanneer een faillissementsaanvrage dan wel een vereffening na ontbinding wordt achterwege gelaten, terwijl sprake is van een schuldeiser alsmede een potentiële bate.[55] Ook de rechtbank Zeeland-West-Brabant is deze mening toegedaan.[56]

Deze in de jurisprudentie waar te nemen ontwikkeling is mijns inziens positief. Op deze wijze wordt misbruik van de turboliquidatie (waarbij BV-fraudeurs hun risico's van bestuurdersaansprakelijkheid bewust beperken) beknot en worden de belangen van onbetaalde schuldeisers beter beschermd.

52 Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4941.
53 Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3712.
54 Rb. Noord-Holland 3 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:10523.
55 Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519.
56 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.

9.5 Fiscale aansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW

In de Invorderingswet 1990 zijn verschillende gronden voor fiscale aansprakelijkheid opgenomen. Artikel 36 IW vormt de kernbepaling van de Tweede Antimisbruikwet, die ertoe strekt de bestuurders van commerciële – aan de heffing van de vennootschapsbelasting onderworpen – rechtspersonen (zoals de BV) onder bepaalde omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden van de rechtspersoon aan de Ontvanger.[57]

De essentie van deze fiscale aansprakelijkheidsgrond is de in het tweede lid van artikel 36 IW opgenomen meldingsplicht. Op grond daarvan dient de BV onverwijld (uiterlijk binnen twee weken)[58] nadat is gebleken dat de BV niet tot betaling van de in artikel 36 lid 1 IW genoemde belastingen over kan gaan, schriftelijk mededeling daarvan te doen aan de Ontvanger. Iedere bestuurder is bevoegd om namens de BV aan deze meldingsplicht te voldoen.

9.5.1 De fiscale aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders

Ten aanzien van de fiscale aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders op grond van artikel 36 IW dient een tweetal situaties te worden onderscheiden: de situatie waarin de BV op de juiste wijze aan de meldingsplicht van artikel 36 lid 2 IW heeft voldaan en de situatie waarin de BV niet of op onjuiste wijze aan deze plicht heeft voldaan.

Wanneer de BV op juiste wijze aan de meldingsplicht heeft voldaan, is een bestuurder slechts persoonlijk aansprakelijk wanneer aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaand aan het tijdstip van de mededeling (artikel 36 lid 3 IW). Daarbij geldt dat slechts van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld.[59]

Wanneer de BV niet of op onjuiste wijze aan de meldingsplicht heeft voldaan, is een bestuurder op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet-betaling aan hem te wijten is. De bestuurder wordt in een dergelijk geval slechts toegelaten tot weerlegging van het bewijsvermoeden indien hij aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de BV niet aan de meldingsplicht heeft voldaan (artikel 36 lid 4 IW).[60]

---

57 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 474.

58 Sijbers 2012, aantekening C7 bij artikel 36 IW.

59 HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*).

60 Zie paragraaf 11.3.1 voor een verdere uitwerking van de fiscale aansprakelijkheidsgrond/norm ex artikel 36 IW.

9.5.2 Fiscale aansprakelijkheid in geval van turboliquidatie

Een fiscale aansprakelijkheidsschuld in de zin van de Invorderingswet 1990 is accessoir, hetgeen betekent dat de aansprakelijkheidschuld onlosmakelijk verbonden is aan de belastingschuld zelf. Met andere woorden: zonder invorderbare belastingschuld kan er geen aansprakelijkheid op grond van de Invorderingswet 1990 bestaan.[61] Artikel 49 lid 1 IW luidt namelijk als volgt:

> *'Aansprakelijkstelling geschiedt bij voor bezwaar vatbare beschikking door de ontvanger en vindt niet plaats vóór het tijdstip waarop de belastingschuldige in gebreke is met de betaling van zijn belastingschuld.'*

In de memorie van toelichting op artikel 49 IW is bepaald dat onder '*in gebreke*' dient te worden verstaan:

> *'(...) wanneer de betaling nog niet heeft plaatsgevonden op het moment dat de belastingaanslag invorderbaar wordt. Dit laatste zal veelal het geval zijn nadat de betalingstermijn van artikel 9 is verstreken; het is echter op grond van artikel 10 ook mogelijk dat in een aantal gevallen de belastingaanslag terstond invorderbaar is.'*[62]

Op grond van artikel 9 lid 1 IW is een belastingaanslag twee maanden na de dagtekening van het aanslagbiljet invorderbaar. Hierop maakt het tweede lid een uitzondering voor de navorderingsaanslag, de conserverende aanslag en de naheffingsaanslag. De navorderingsaanslag alsmede de conserverende aanslag zijn één maand na dagtekening van het aanslagbiljet invorderbaar, terwijl de naheffingsaanslag reeds veertien dagen na dagtekening van het aanslagbiljet invorderbaar is. Artikel 10 IW somt de gevallen op waarin een belastingaanslag terstond invorderbaar is. Een dergelijke versnelde invordering doet zich bijvoorbeeld voor indien de belastingschuldige in staat van faillissement is verklaard.

Artikel 8 IW bepaalt overigens dat de Ontvanger de belastingaanslag bekend maakt door toezending of uitreiking van het door de inspecteur voor de belastingschuldige opgemaakte aanslagbiljet.

Op grond van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat voor een fiscale aansprakelijkheidstelling (bijvoorbeeld op grond van artikel 36 IW) vereist is dat de BV in gebreke is, hetgeen het geval is wanneer de betaling nog niet heeft plaatsgevonden op het moment dat de belastingaanslag invorderbaar wordt. Ingevolge artikel 8 IW wordt de invordering geopend met de bekendmaking van de aanslag aan de in gebreke gebleven belastingplichtige (hier: de BV).

---

61 Rosier & Tekstra 2008, onder 1.

62 *Kamerstukken II* 1988/98, 20 588, nr. 3 (MvT), p. 113.

Het accessoire karakter van de fiscale aansprakelijkheid heeft dus gevolgen voor de mogelijkheid tot aansprakelijkheidstelling van een reeds ontbonden BV. Wanneer een belastingaanslag wordt opgelegd nadat een BV niet langer bestaat, kan niet worden aangenomen dat de BV in gebreke is geweest met de betaling van haar belastingschuld, nu de belastingschuld niet invorderbaar is vanwege de onmogelijkheid tot bekendmaking van de aanslag.[63] Volgens de Hoge Raad is er in een dergelijk geval geen aanleiding tot het maken van een uitzondering op dit vereiste gesteld aan de fiscale aansprakelijkheid. De Ontvanger zou in een dergelijk geval dus over dienen te gaan tot heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, alvorens het bestuur op basis van artikel 36 IW aansprakelijk te stellen.[64]

De Hoge Raad heeft deze hoofdregel echter in een tweetal arresten, gewezen in 2009, genuanceerd omdat hij van oordeel was dat wanneer aan deze formele eisen gesteld aan de fiscale aansprakelijkheid wordt vastgehouden, dit in bepaalde gevallen niet een door de Invorderingswet 1990 gewaarborgd belang van de aansprakelijk gestelde dient en afbreuk doet aan het doel van de wettelijke regeling inzake de bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens de Hoge Raad kan dit het geval zijn wanneer sprake is van een turbogeliquideerde BV. De Hoge Raad onderschrijft dat het uitgangspunt weliswaar is dat een belastingschuldige eerst nadat hij in de gelegenheid is geweest om van de aanslag kennis te nemen in gebreke is, maar meent vervolgens dat deze regel '*geen goede zin*' heeft in geval van een turbogeliquideerde BV. Volgens de Hoge Raad staat in een dergelijk geval vast dat de BV, op wier naam de aanslag is vastgesteld, de aanslag niet zal betwisten en evenmin zal betalen. De aansprakelijk gestelde (lees: de gewezen bestuurder die op grond van artikel 36 IW aansprakelijk wordt gesteld voor de belastingschuld) zal de Ontvanger in een dergelijk geval namelijk niet kunnen tegenwerpen dat de aanslag niet overeenkomstig artikel 8 IW bekend is gemaakt aan degenen die de belastingschuld heeft laten ontstaan. In deze zaak was vastgesteld dat niet was gebleken dat de ontbonden BV baten had.[65] Wanneer daarentegen niet vaststaat dat de ontbonden BV geen baten meer heeft, dient de Ontvanger te verzoeken tot heropening van de vereffening op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, wil hij tot invordering (kunnen) overgaan.[66]

Mijns inziens is deze benadering van de Hoge Raad zeer gewenst, met name met het oog op de proceseconomie. Echter, omdat de Hoge Raad met deze benadering de wettelijke eis dat de aanslag aan de belastingschuldige bekend moet zijn gemaakt (artikel 8 IW) als het ware opzij zet, wordt afbreuk gedaan aan de rechtszekerheid. Ik zou daarom aan artikel 8 IW een lid willen toevoegen voor het geval waarin sprake is van turboliquidatie en waarin wordt afgeweken van het eerste lid. De

63 Zie ook Verhage & Kuyt 2013.

64 Zie o.a. HR 19 september 2003, *BNB* 2003/370, Rosier & Tekstra 2008 en Verweij & Knijnenburg, 2004, onder 1.

65 HR 18 december 2009, *JOR* 2010/84, *JOR* 2010/85, m.nt. Tekstra.

66 HR 23 december 2011, *JOR* 2012/69, m.nt. Tekstra.

bekendmaking van een belastingaanslag zou in een dergelijke situatie op gelijke wijze als vermeld in artikel 54 lid 3 jo. lid 4 Rv kunnen plaatsvinden: aan het parket van de ambtenaar van het OM bij de rechtbank te 's-Gravenhage, terwijl een uittreksel van het exploot bekend wordt gemaakt in een landelijk dagblad. De tekst van het aan artikel 8 IW toe te voegen lid zou als volgt kunnen luiden:

In afwijking van het eerste lid maakt de ontvanger de belastingaanslag bekend door middel van betekening aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de rechtbank te 's-Gravenhage indien de belastingschuldige is opgehouden te bestaan op het tijdstip van zijn ontbinding en voor zover voor zijn belastingschuld een aansprakelijkheidstelling als bedoeld in artikel 49, eerste lid, heeft plaatsgevonden. In dat geval wordt een uittreksel van de belastingaanslag bekend gemaakt in een landelijk dagblad.

Wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft, is een belastingschuld van die BV overigens invorderbaar en kan het bestuur hiervoor ook aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 36 IW.[67]

Zoals eerder gezegd,[68] wordt de interne aansprakelijkheidsgrond gezien als oorzaak, maar ook als gevolg van de herleving van een turbogeliquideerde BV. De externe aansprakelijkheidsgrond kan niet worden gezien als oorzaak van de herleving van een turboliquideerde BV en afhankelijk van de omstandigheden van het geval wel als gevolg ervan. De fiscale aansprakelijkheidsgrond neemt echter een andere positie in wanneer het de herleving van een turbogeliquideerde BV betreft: herleving is geen voorwaarde voor een beroep op de fiscale aansprakelijkheidsgrond. De fiscale aansprakelijkheid van bestuurders is dus de oorzaak noch per definitie het gevolg van de herleving. Dit volgt onder andere uit een reeds aangehaald arrest van de Hoge Raad waarin de bestuurders van een turbogeliquideerde BV aansprakelijk werden gesteld op grond van artikel 36 IW terwijl geen heropening van de vereffening had plaatsgevonden.[69] Men kan zich afvragen waarom de aansprakelijkheidgrond van artikel 36 IW wel kan worden ingeroepen terwijl de aansprakelijkheidsgronden van de artikel 2:9 en 2:216 BW slechts kunnen worden ingeroepen nadat de BV is herleefd.

Mijns inziens ligt het antwoord op deze vraag in de verschillen tussen de afzonderlijke aansprakelijkheidsgronden. Het voornaamste verschil tussen de aansprakelijkheidsgronden van de artikelen 2:9 en 2:216 BW en die van artikel 36 IW is dat de eerste twee interne aansprakelijkheidsgronden zijn en de laatstgenoemde een externe. Juist omdat de aansprakelijkheid van artikel 2:9 en 2:216 BW intern van aard is, is het bestaan van de BV vereist voor een beroep op deze aansprakelijkheidsgronden.

67 Rosier & Tekstra 2008, onder 11.
68 Zie paragraaf 9.2.2 en 9.3.2.
69 HR 18 december 2009, *JOR* 2010/84, *JOR* 2010/85, m.nt. Tekstra.

Het betreft namelijk de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de BV.[70] Bovendien is een herleving in geval van het bestaan van een vordering ex artikel 2:9 en 2:216 BW van nut, omdat deze vordering ten behoeve van de BV zelf wordt ingesteld. Daaruit vloeit dus een te vereffenen bate voort, terwijl deze bij artikel 36 IW (alsmede bij artikel 6:162 BW) niet bestaat. Het nut van de heropening van de vereffening ontbreekt bij een vordering ex artikel 36 IW, omdat slechts door de Ontvanger een beroep op deze aansprakelijkheidsgrond kan worden gedaan.

De aansprakelijkheidsgrond van artikel 6:162 BW is net als de aansprakelijkheidsgrond van artikel 36 IW van externe aard. Het verschil tussen beiden is gelegen in het feit dat de fiscale aansprakelijkheid veroorzaakt wordt door het niet tijdig betalen (en het hiervan niet of niet tijdig melding gedaan hebben) van belastingen. Dat bepaalde belastingen niet (tijdig) zijn betaald, zal niet door de BV worden betwist. De aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW wordt veroorzaakt door het verrichten van een onrechtmatige gedraging door de bestuurder. Over de vraag wat als onrechtmatig dient te worden aangemerkt, kan getwist worden.

9.6 Aansprakelijkheid in concernverhoudingen

Omdat aan het concern en het gebruik van groepsaanduidingen door verbonden BV's zekere verwachtingen worden geschept in het rechtsverkeer, is het noodzakelijk dat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid in concernverhoudingen niet zodanig ontaardt dat een aantasting van het noodzakelijk vertrouwen in het handelsverkeer ontstaat.[71] Van belang is daarom dat (persoonlijke) aansprakelijkheid zich ook kan voordoen in concernverhoudingen.

9.6.1 De aansprakelijkheidsnorm in concernverhoudingen

Allereerst kan sprake zijn van vrijwillige aansprakelijkheid van de moedervennootschap ten aanzien van schulden voortvloeiende uit handelingen van de dochtervennootschap en wel op grond van de 403-verklaring.[72]

Daarnaast kan sprake zijn van doorbraak van aansprakelijkheid: een vorm van onvrijwillige aansprakelijkheid van de moeder voor de schulden van haar dochter(s). Onderscheid kan worden gemaakt tussen directe en indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.

---

70 Dit geldt ook voor de hierna te bespreken aansprakelijkheidsgrond ex artikel 2:216 lid 3 BW.

71 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 18-19.

72 Zie Bartman & Dorresteijn 2013, p. 237 e.v. voor een uitgebreide uitwerking van deze vrijwillige concernaansprakelijkheid.

Directe doorbraak van aansprakelijkheid behelst het leerstuk van vereenzelviging. Deze vorm van aansprakelijkheid berust op de terzijdestelling van het identiteitsverschil tussen de moeder en de dochter, waardoor de schuld van de dochter geacht wordt tevens een schuld van de moeder te zijn.[73] Door de Hoge Raad is overwogen dat van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen die door dezelfde persoon worden beheerst (concernverhoudingen) misbruik kan worden gemaakt en dat een zodanig misbruik in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd.[74] Vereenzelviging doet zich in de regel voor wanneer men zich bij de toepassing van een rechtsregel afvraagt of voorbij mag worden gegaan aan het identiteitsverschil tussen de bij het geval betrokken rechtspersonen, zodat gedragingen van de ene rechtspersoon aan de andere kunnen worden toegerekend.[75] Vereenzelviging is door de Hoge Raad in het Rainbow-arrest erkend als een rechterlijke fictie waarbij het identiteitsverschil tussen de moeder en de dochter volledig wordt weggedacht.[76]

Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid (ook wel oneigenlijke doorbraak of quasi-doorbraak genoemd)[77] vindt plaats wanneer de moeder aansprakelijk is voor de schulden van haar dochter(s), omdat zij (de moeder) een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de schuldeisers van de dochters. Bij deze doorbraakvorm loopt de aansprakelijkheid van de moeder als het ware om de dochter heen, zodat ook wel wordt gesproken over een 'bypass van aansprakelijkheid'.[78] De indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is gebaseerd op aansprakelijkheidstelling op grond van de onrechtmatige daad.[79] Ten aanzien van deze vorm van concernaansprakelijkheid is veel jurisprudentie verschenen. Hieruit vloeit voort dat indirecte doorbraak van aansprakelijkheid zich kan voordoen in verschillende gedaanten: doordat de moeder de schijn van kredietwaardigheid wekt,[80] door middel van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen door de moeder als crediteur van de dochter[81] en door middel van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen door de moeder als aandeelhouder van de dochter.[82]

73 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 290.
74 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (*Citco*).
75 HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 (*Roco/Staat*).
76 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer (*Rainbow*).
77 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 839.
78 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 289.
79 Zie paragraaf 9.4.1 voor een nadere uiteenzetting van deze aansprakelijkheidsnorm.
80 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erba I*), HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 581 (*Erba II*), HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (Osby), HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. G (*Albada Jelgersma II*), HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (NBM/Securicor) en HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38, m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks*).
81 HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/Bouwfonds*).
82 HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 m.nt. Maeijer (*Nimox*).

Concernaansprakelijkheid kan zich ook voordoen als gevolg van de situatie waarin de moeder als medebeleidsbepaler kan worden aangemerkt. Algemeen wordt aangenomen dat een moeder onder bepaalde omstandigheden ook als medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW kan worden aangemerkt, ondanks dat artikel 2:248 BW niet speciaal voor concernverhoudingen is geschreven. Als gevolg hiervan kan de moeder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in de boedel van haar failliete dochter. De voorwaarden gesteld aan een dergelijke aansprakelijkheid van de moeder op grond van artikel 2:248 lid 7 BW zijn: het faillissement van de dochter, het feitelijk optreden van de moeder als medebeleidsbepaler, de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van de dochter en de aannemelijkheid van een belangrijk causaal verband.[83]

Tot slot kan sprake zijn van concernaansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW:

> *'De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.'*

9.6.2 Concernaansprakelijkheid in geval van turboliquidatie

Ook wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft, kan sprake zijn van concernaansprakelijkheid, hetgeen een logisch gevolg is van het feit dat concernaansprakelijkheden zijn gebaseerd op onder andere de aansprakelijkheidsgronden die ik reeds besprak, te weten: artikel 2:9 BW, artikel 6:162 BW, maar ook bijvoorbeeld artikel 2:248 BW.

Zo heeft de rechtbank Arnhem in een zaak waarin een dochtervennootschap werd turbogeliquideerd beslist dat zowel de grootmoedervennootschap als de moedervennootschap jegens een schuldeiser aansprakelijk waren. De aansprakelijkheid werd aangenomen op grond van een selectieve betaling gedurende de fase voorafgaande aan de turboliquidatie door de dochter, waardoor het uitgangspunt dat alle schuldeisers gelijkelijk behandeld moeten worden tenzij er een wettelijke reden voor voorrang bestaat, werd genegeerd en de schuldeiser werd benadeeld. Op grond van artikel 2:11 BW werd de moedervennootschap als bestuurder van de dochtervennootschap en de grootmoedervennootschap als bestuurder van de moedervennootschap aansprakelijk gesteld.[84]

Deze vorm van concernaansprakelijkheid noem ik de 'zuivere' concernaansprakelijkheid. Een ander voorbeeld van een dergelijke 'zuivere' concernaansprakelijkheid betreft een zaak die zich voordeed bij de rechtbank Midden-Nederland. In deze

83 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 321.

84 Rb. Arnhem 6 december 2006, *JOR* 2007/109.

zaak ging het om twee zustervennootschappen, waarvan de eerste een overeenkomst had gesloten met een derde, waarvoor de tweede zich borg had gesteld. Nadat de eerste zustervennootschap in faillissement geraakte, besloot de moedervennootschap van de tweede zustervennootschap deze te ontbinden door middel van een turboliquidatie, als gevolg waarvan de derde zijn verhaalsobject verloren zag gaan. De rechtbank oordeelde dat de moedervennootschap als aandeelhouder in de zustervennootschap met het nemen van het ontbindingsbesluit misbruik van haar recht had gemaakt, terwijl de bestuurder van de moedervennootschap daarvan een persoonlijk verwijt kon worden gemaakt.[85]

Uit een andere zaak volgt dat het bestuur van een turbogeliquideerde moedervennootschap intern aansprakelijk kan zijn jegens de vennootschap zelf voor het verstrekken van niet door zekerheden gedekte leningen aan dochtervennootschappen, terwijl op dat moment duidelijk zou (moeten) zijn dat deze dochtervennootschappen die leningen nooit zouden (kunnen) terugbetalen, omdat de activiteiten van de dochtervennootschappen reeds stil lagen.[86] Hier was dus geen sprake van 'zuivere' concernaansprakelijkheid, maar van aansprakelijkheid van het bestuur van de moedervennootschap door het verrichten van handelingen in concernverband (dit noem ik de 'onzuivere' concernaansprakelijkheid).

9.7 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is de focus gericht op de aansprakelijkheidsrisico's die bestuurders lopen na de herleving.

Interne bestuurdersaansprakelijkheid:
Allereerst kan een bestuurder op grond van artikel 2:9 BW intern aansprakelijk worden gesteld. Artikel 2:9 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV een opmerkelijke 'dubbelrol': het kan worden gezien als enerzijds de oorzaak en anderzijds het gevolg van de herleving van de turbogeliquideerde BV.

Een bestuurder van een BV kan bovendien op grond van artikel 2:216 lid 3 BW aansprakelijk worden gesteld. Omdat deze aansprakelijkheidsgrond van interne aard is en de vordering dus slechts door de BV zelf kan worden ingeroepen, ben ik van mening dat een vordering ex artikel 2:216 lid 3 BW een bate oplevert op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan herleven. De vergoeding voortvloeiend uit deze aansprakelijkheidsgrond valt immers in het vermogen van de BV, dat ter vereffening kan worden aangewend. Artikel 2:216 lid 3 BW speelt dus een 'dubbelrol'

85 Rb. Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4312.
86 Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274.

en kan worden gezien als de oorzaak van de herleving, maar ook als het gevolg van de herleving. Na de herleving zal immers een aansprakelijkheidsstelling op grond van artikel 2:216 lid 3 BW kunnen plaatsvinden.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid:
Artikel 6:162 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV niet dezelfde opmerkelijke 'dubbelrol' als artikel 2:9 en 2:216 BW. Een vordering op grond van artikel 6:162 BW kan geenszins als oorzaak worden gezien van de herleving. Of de vordering kan worden aangemerkt als gevolg van de herleving, is afhankelijk van de vraag welke norm de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft overtreden. De afgelopen jaren is in de jurisprudentie een ontwikkeling waarneembaar, waarbij steeds vaker wordt geconcludeerd tot bestuurdersaansprakelijkheid in geval van ten onrechte toegepaste turboliquidaties, hetgeen ten goede komt aan de bestrijding van misbruikconstructies met BV's.

Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid:
De fiscale aansprakelijkheidsgrond neemt een geheel andere positie in wanneer het de herleving van een turbogeliquideerde BV betreft: herleving is geen voorwaarde voor het kunnen inroepen van de fiscale aansprakelijkheidsgrond.

Concernaansprakelijkheid:
Wanneer sprake is van een turbogeliquideerde BV kan sprake zijn van 'zuivere' en 'onzuivere' concernaansprakelijkheid.

Hoofdstuk 10

DE GEVOLGEN VAN DE HERLEVING VAN DE TURBOGELIQUIDEERDE BV IN FAILLISSEMENT[1]

10.1 Inleiding

Uit jurisprudentie volgt dat een (herleefde) turbogeliquideerde BV alsnog failliet kan worden verklaard.[2] Dit is ook niet verbazingwekkend, nu niets eraan in de weg staat een dergelijke BV failliet te verklaren, mits aan de voorwaarden gesteld aan een faillissement is voldaan.[3] Volgens de Hoge Raad mag een rechter het faillissement uitspreken indien hem summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat aan de vereisten hiervoor is voldaan.[4] Ingevolge artikel 1 Fw kan een BV failliet worden verklaard indien deze in de toestand verkeert dat ze heeft opgehouden te betalen, hetzij op verzoek van de BV zelf, hetzij op verzoek van één of meer schuldeisers (of van het OM om redenen van openbaar belang). Wanneer het faillissement op verzoek van een schuldeiser wordt aangevraagd, dient deze volgens artikel 6 lid 3 Fw een vorderingsrecht op de BV te hebben. De toestand waarin de BV dient te verkeren om over te kunnen gaan tot faillietverklaring – de toestand dat de BV heeft opgehouden te betalen – wordt niet verder uitgewerkt in de wet. Uit jurisprudentie volgt dat voor het aannemen van een dergelijke toestand twee minimumvereisten gelden. Allereerst is vereist dat de BV meerdere schuldeisers heeft:[5] het pluraliteitsvereiste.[6] Een ander vereiste om te kunnen spreken van een toestand te hebben opgehouden betalen als bedoeld in artikel 1 Fw is de opeisbaarheid van tenminste één vordering. Het is niet vereist dat de vordering van de aanvrager opeisbaar is.[7] Ook wanneer is voldaan aan het pluraliteitsvereiste en sprake is van tenminste één opeisbare vordering leidt dat niet per definitie tot een faillietverklaring. Het betreft – zoals gezegd – minimumvereisten voor het aannemen van de toestand. Ingevolge artikel 6 lid 3 Fw zal summierlijk

1 Hoofdstuk 10 is een uitwerking van Renssen 2013-2.
2 Zie o.a. HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*), Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120, Hof Amsterdam 31 maart 2011, *JOR* 2011/307 en Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085.
3 Zie Polak & Pannevis 2014, p. 15 e.v. voor de voorwaarden gesteld aan een faillissement.
4 HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.
5 HR 30 september 1955, *NJ* 1956, 319, HR 22 maart 1985, *NJ* 1985, 548, m.nt. G en HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 957.
6 Polak & Pannevis 2014, p. 16.
7 HR 18 maart 1983, *NJ* 1983, 568.

dienen te blijken van feiten en omstandigheden welke aantonen dat de toestand bestaat en de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. Deze toestand moet na een kort en eenvoudig onderzoek blijken.

Dat het faillissement van een herleefde turbogeliquideerde BV opmerkelijk is, bleek al uit paragraaf 8.6. De turbogeliquideerde BV kan immers herleven door faillissementsaanvrage en wel wanneer aan de voorwaarden gesteld aan de faillietverklaring is voldaan en het bovendien voldoende aannemelijk is dat de BV over een bate beschikt.[8] Daarnaast spelen de faillissementspauliana (paragraaf 10.2) en de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement op basis van artikel 2:248 BW (paragraaf 10.3.1) een eigenaardige rol wanneer een turbogeliquideerde BV alsnog in faillissement geraakt. In een dergelijke situatie ontstaan ook problemen ten aanzien van de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW (paragraaf 10.3.2) en de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW (paragraaf 10.3.3).

10.2 De faillissementspauliana[9]

Het leerstuk van de faillissementspauliana biedt de curator de mogelijkheid om rechtshandelingen, die voor de gezamenlijke schuldeisers van de failliet nadelig zijn, te vernietigen. Een dergelijke regeling is gewenst, aangezien het niet zelden voorkomt dat een schuldenaar in het nauw ertoe neigt zichzelf of anderen te bevoordelen ten koste van de (overige) schuldeisers. Artikel 42 Fw voorziet daarom in een regeling op grond waarvan de curator bepaalde *onverplichte* rechtshandelingen kan vernietigen, terwijl artikel 47 Fw voorziet in een regeling op grond waarvan de curator bepaalde *verplichte* rechtshandelingen kan vernietigen.[10]

Na het uitspreken van het faillissement van een turbogeliquideerde BV kan de faillissementspauliana – net als bij ieder ander faillissement – een rol gaan spelen. De rol van de faillissementspauliana bij het faillissement van een dergelijke BV blijkt echter een eigenaardige te zijn. Zo kan de faillissementspauliana enerzijds de oorzaak van de faillietverklaring van de BV zijn, nu de vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling een bate oplevert ten gunste van de schuldeisers van de BV.[11] Anderzijds moet worden geconstateerd dat de faillissementspauliana kan worden gezien als het gevolg van de faillietverklaring, nu een vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling op grond van artikel 42 of 47 Fw slechts na het uitspreken van het faillissement kan plaatsvinden.[12]

8 HR 27 januari 995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
9 Deze paragraaf is een uitwerking van Renssen 2013-3, p. 122 onder 3.
10 Zie voor een uitgebreide uitwerking betreffende de faillissementspauliana paragraaf 11.3.4.
11 De Bruijn 2004, p. 217 en Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong (noot 3).
12 Polak & Pannevis 2014, p. 133 e.v.

Het paulianeuze karakter van een turboliquidatie is veelal gelegen in het toewerken naar die turboliquidatie.[13] Wanneer wordt toegewerkt naar een turboliquidatie worden – alvorens de algemene vergadering het besluit tot ontbinding neemt – de activa van de BV te gelde gemaakt. Vervolgens worden de schulden van de BV betaald (voor zover het actief van de BV dit toestaat). Het toewerken naar die turboliquidatie kan bestaan uit zowel onverplichte als verplichte paulianeuze rechtshandelingen. Het vermogen van de BV wordt dan met opzet paulianeus onbereikbaar gemaakt voor bepaalde schuldeisers.[14]

Bij onverplichte paulianeuze rechtshandelingen kan gedacht worden aan bijvoorbeeld een activatransactie die tegen een niet reële prijs heeft plaatsgevonden,[15] maar ook aan de voldoening van een betwiste vordering door de BV.[16] Bovendien kan het aflossen van een (nog niet opeisbare) achtergestelde lening boven niet-achtergestelde leningen aangemerkt worden als een onverplichte paulianeuze rechtshandeling.

Bij verplichte paulianeuze rechtshandelingen kan gedacht worden aan de situatie waarbij activa te gelde wordt gemaakt en bepaalde schuldeisers van de BV worden voldaan boven andere schuldeisers (selectieve betalingen).[17]

10.3 Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW[18]

Wanneer een turbogeliquideerde BV failliet wordt verklaard, bestaat er een redelijke kans dat het faillissement bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW tot gevolg heeft.[19] Op grond van artikel 2:248 BW kan het bestuur van een BV in geval van een faillissement hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het boedeltekort. Wil de curator het bestuur van een BV hoofdelijk aansprakelijk stellen op grond van voormeld artikel, dan dient hij in beginsel drie zaken aan te tonen: het bestuur dient zijn taak kennelijk onbehoorlijk te hebben vervuld, het dient aannemelijk te zijn dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement en tot slot dient de onbehoorlijke taakvervulling plaats te hebben gevonden in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement. In het tweede lid van artikel 2:248 BW

13 Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong (noot 3) en Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009, 50 (wenk).
14 Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244, r.o. 2.19.
15 Hof Amsterdam 31 maart 2011, *JOR* 2011/307.
16 De Bruijn 2004, p. 217.
17 Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009, 50 (wenk).
18 Paragraaf 10.3 is een uitwerking van Renssen 2013-3, p. 122-125.
19 N.B. In het reeds eerder aangehaalde ambtelijk wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen wordt voorgesteld de aansprakelijkheidsnorm nedergelegd in de artikelen 2:138 en 2:248 BW te verplaatsen naar de Faillissementswet. Als gevolg hiervan kunnen ook bestuurders van niet-commerciële stichtingen en verenigingen verkerend in faillissement onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld voor het boedeltekort. De (mogelijke) wetswijziging zal geen gevolgen hebben voor bestuurders van een BV. Zie ook: Renssen 2015-3, p. 8-11.

zijn twee bewijsvermoedens opgenomen: wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW (de administratieplicht) of 2:394 BW (de jaarrekeningenplicht), heeft het zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.[20]

Wanneer het een failliete turbogeliquideerde BV betreft, gaat artikel 2:248 BW – net als de faillissementspauliana – een merkwaardige rol spelen (paragraaf 10.3.1). Daarbij verdienen twee leden van artikel 2:248 BW bijzondere aandacht. Allereerst rijst de vraag hoe te oordelen over het bepaalde in het tweede lid (de bewijsvermoedens). Gedurende de periode tussen ontbinding en herleving is immers noch voldaan aan de jaarrekeningenplicht noch aan de administratieplicht, terwijl aan de herleving van een BV mijns inziens terugwerkende kracht wordt toegekend.[21] Deze problematiek zal worden uitgewerkt in paragraaf 10.3.2. Daarnaast rijst de vraag of de driejaarstermijn ex artikel 2:248 lid 6 BW (de termijn waarbinnen het onbehoorlijk bestuur relevant blijkt) mag worden opgerekt wanneer een BV onterecht door middel van turboliquidatie blijkt te zijn ontbonden. Dit met het oog op het feit dat wellicht verzuimd is tijdig aangifte tot faillietverklaring te doen. Het antwoord op deze vraag wordt uitgewerkt in paragraaf 10.3.3.

10.3.1 Artikel 2:248 BW: een opmerkelijk artikel in geval van een turbogeliquideerde BV

Artikel 2:248 BW speelt, net als de faillissementspauliana, bij een herleefde turbogeliquideerde BV een eigenaardige rol. Ook artikel 2:248 BW kan worden beschouwd als zowel de oorzaak als het gevolg van de faillietverklaring van de BV. Dat artikel 2:248 BW kan worden beschouwd als het gevolg van de faillietverklaring volgt logischerwijze uit de tekst van voormeld artikel:

> *'In geval van faillissement van de vennootschap (...)'.*

Over de vordering op grond van artikel 2:248 BW als bate en dus als oorzaak van de faillietverklaring, is naar aanleiding van een uitspraak van de rechtbank Arnhem discussie ontstaan. De rechtbank Arnhem heeft op 26 juli 2006 uitspraak gedaan in een zaak waarin een crediteur zijn vordering op een BV gefrustreerd zag worden, doordat na het ontbindingsbesluit genomen door de algemene vergadering het bestuur constateerde dat de BV niet over baten beschikte, als gevolg waarvan de BV werd turbogeliquideerd. De rechtbank was van oordeel dat – nu de BV niet had voldaan aan haar verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening – het bestuur daarmee

20 Zie paragraaf 11.3.1 voor een algemene uitwerking van artikel 2:248 BW.

21 Zie ook: Van den Ingh 1994, p. 814, Hagens 2011, p. 181-184 en Van de Streek e.a. 2012, onder 1.0.3.B.b.13 en paragraaf 8.3.2.

zijn taak kennelijk onbehoorlijk had vervuld (hetgeen wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn). Omdat een andere mogelijke oorzaak van het ontbreken van baten ten tijde van de ontbinding van de BV niet werd genoemd, stond vast dat een faillissement van de BV zou hebben geleid tot aansprakelijkheid van haar bestuurder tegenover de boedel voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW, aldus de rechtbank. Slotsom was dat de bestuurder in de gelegenheid werd gesteld tegenbewijs te leveren en verdere beslissingen werden aangehouden.[22] Wat de rechtbank hier eigenlijk heeft gedaan, is het aannemen van een weerlegbaar vermoeden dat wanneer de vereffeningsprocedure juist was gevolgd, de bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aansprakelijk zou zijn geweest. Met andere woorden: de rechtbank ziet de vordering op grond van artikel 2:248 BW als een bate – op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan herleven – waartegen door de (aangesproken) bestuurder tegenbewijs kan worden geleverd. De Jong keurt de handelwijze van de rechtbank Arnhem in zijn noot bij deze uitspraak af. Hij is van mening dat het de vraag is '*of de rechter bij de vaststelling van het causaal verband en de omvang van de schade in zulk een vergaande mate vooruit mag lopen op de uitkomst van een eventueel door de curator aan te spannen procedure ex artikel 2:248 BW*'.

De Jong is van mening dat de rechtbank de vordering had moeten afwijzen of iedere verdere beslissing had moeten aanhouden in afwachting van een verzoek tot faillietverklaring van de BV door de schuldeiser;

> *'De schuldeiser dient namelijk de rechtsgang te volgen die geen onzekerheid oplevert over de omvang van de rechtens vergoedbare schade en die waarborgen bevat voor alle betrokkenen.'*[23]

Ik ben het niet eens met De Jong. Waar hij eerst stelt dat '*de rechter niet in zulk een vergaande mate vooruit mag lopen op de uitkomst van een eventueel door de curator aan te spannen procedure ex artikel 2:248 BW*', constateert hij even verderop dat een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW aangemerkt kan worden als een potentiële bate, op grond waarvan de rechter het faillissement van een BV zou kunnen uitspreken.[24] Wordt met dit laatste niet ook op de zaken vooruit gelopen? In een dergelijke situatie is het toch ook niet zeker wat de uitkomst is van een eventueel door de curator aan te spannen procedure op grond van artikel 2:248 BW? Deze laatste handelwijze (aanbevolen door De Jong) levert in feite zelfs meer onzekerheid op dan de aanpak van de rechtbank Arnhem. Bij deze handelwijze wordt

22 Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong, r.o. 4.9 en 4.10.

23 Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong.

24 Onder verwijzing naar Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120, waarin de rechtbank Arnhem het faillissement van een turbogeliquideerde BV uitspreekt, omdat summierlijk is gebleken van een bate, zijnde een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW.

namelijk eerst gekeken naar het tegenbewijs van de bestuurder, voordat wordt besloten tot het al dan niet bestaan van een bate (bestaande uit een vordering op grond van artikel 2:248 BW) op grond waarvan de turbogeliquideerde BV kan herleven en vervolgens het faillissement kan worden uitgesproken. Dit heeft mijns inziens tot gevolg dat een beter inzicht kan worden verkregen in de daadwerkelijke mogelijkheid tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Terwijl De Jong redenen van rechtszekerheid aan zijn redenering ten grondslag legt, kiest hij desondanks voor een weg die leidt tot meer onzekerheid voor de schuldeisers en minder waarborgen voor alle betrokkenen, juist omdat minder inzicht wordt verkregen in de bestaande situatie. De rechtbank 's-Hertogenbosch volgt in 2012 de redenering van De Jong.[25]

Ook Visser is van mening dat de rechtbank Arnhem in zijn uitspraak van 26 juli 2006[26] te ver ging door '*in zodanige mate vooruit te lopen op een eventueel door de curator aan te spannen procedure ex artikel 2:248 BW*'. Visser trekt – in tegenstelling tot De Jong – ook de beslissing van de rechtbank Arnhem van 11 januari 2006[27] (waarin een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW werd aangemerkt als bate) in twijfel. Visser stelt dat het discutabel is of de rechter in zodanige mate vooruit mag lopen op een eventueel door de curator aan te spannen procedure op grond van artikel 2:248 BW.[28] Visser is van mening dat een vordering op grond van artikel 2:248 BW slechts als gevolg (en niet als oorzaak) van de faillietverklaring van een turbogeliquideerde BV kan worden gezien.

Oppedijk van Veen geeft drie argumenten waarom een vordering op grond van artikel 2:248 BW niet als bate kan worden aangemerkt, in die zin dat daardoor de BV failliet verklaard kan worden. Allereerst zou de vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW niet kunnen worden gekwalificeerd als een bate van een rechtspersoon, nu het een vordering betreft van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.[29] Ten tweede zou de procedure tot heropening niet de geëigende methode zijn voor een uitgebreid onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid en tot slot zou de vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW pas ontstaan op het moment dat de rechtspersoon failliet is verklaard.[30]

25 Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140, m.nt. De Jong, r.o. 4.6.
26 Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong.
27 Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120.
28 Visser 2007, p. 167-168.
29 Voor deze argumentatie is o.a. steun te vinden in HR 18 september 2009, *JOR* 2010/29 (*Simaco*): de bestuurder zou anders namelijk de mogelijkheid hebben om de vordering ex artikel 2:248 BW te verrekenen met een eigen vordering op de BV uit hoofde van zijn functie als bestuurder.
30 Oppedijk van Veen 2006, p. 72-73.

Ook het hof Amsterdam volgt de denkwijze van De Jong, Visser en Oppedijk van Veen:

> *'De beantwoording van de vraag of het op grond van de hierboven geschetste feiten aannemelijk is dat een actie uit bestuurdersaansprakelijkheid tot een bate voor de vennootschap zal leiden gaat het bestek van deze zaak te buiten; summierlijk is het niet gebleken. Nog afgezien daarvan geldt dat moet worden aangenomen dat een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW is aan te merken als een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, die alleen daarom al geen bate voor de rechtspersoon oplevert (wel voor de boedel).'*[31]

Een soortgelijke redenering hanteert de rechtbank Rotterdam:

> *'(...) Onzeker is echter hoe dit faillissement voor [eiseres] zou zijn uitgepakt en of (een gedeelte van) de vordering aan [eiseres] zou zijn uitgekeerd. Voor zover [eiseres] heeft betoogd dat een faillissement via artikel 2:248 lid 2 BW zou hebben geleid tot aansprakelijkheid van de bestuurder(s), overweegt de rechtbank dat het haar bij de vaststelling van het causaal verband en de omvang van de schade niet vrij staat om in zulk een vergaande mate vooruit te lopen op de uitkomst van een eventueel door de curator aan te spannen procedure op grond van het bepaalde in artikel 2:248 BW. De uitkomst van een dergelijke procedure is immers op voorhand onzeker.'*[32]

Hoe terecht de argumenten van Visser en Oppedijk van Veen ook mogen klinken, een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW dient naar mijn mening wel degelijk als bate (op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan herleven en vervolgens failliet kan worden verklaard indien aan de vereisten gesteld aan faillissement is voldaan) te worden aangemerkt, met het oog op de proceseconomie en derdenbescherming. In een situatie waarbij slechts sprake is van een bate bestaande uit een mogelijke vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW (bijvoorbeeld omdat de jaarrekening niet tijdig gedeponeerd is of onbehoorlijk bestuur op andere wijze overduidelijk is), zou de schuldeiser immers geen mogelijkheid hebben een dergelijke vordering te gelde te maken, wanneer deze vordering niet als bate wordt aangemerkt. De bestuurder zou dan wegkomen met onbehoorlijk bestuur en een ten onrechte genomen besluit tot turboliquidatie van een BV, terwijl de schuldeiser zijn vordering nimmer zal kunnen verhalen.

31 Hof Amsterdam 31 maart 2011, *LJN* BQ1156, r.o. 3.9.

32 Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377, r.o. 4.8.

Ook het hof 's-Gravenhage,[33] de rechtbank Arnhem,[34] de rechtbank 's-Hertogenbosch,[35] de rechtbank Zeeland-West-Brabant[36] en Kroeze[37] zijn van mening dat een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW als bate kan worden aangemerkt. Interessant is dat het hof 's-Gravenhage hierbij opmerkt dat de vordering op grond van artikel 2:248 BW weliswaar strikt genomen geen bate van de vennootschap is, '*maar een bate voor de boedel (de gezamenlijke crediteuren), maar het begrip bate dient ruim te worden uitgelegd*.'[38]

10.3.2 De bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW

Ten aanzien van de bewijsvermoedens opgenomen in artikel 2:248 lid 2 BW kan bij het faillissement van een turbogeliquideerde BV over een tweetal periodes onduidelijkheid ontstaan. Ten eerste rijst de vraag of het bestuur over het laatste boekjaar (hetgeen samenvalt met het moment van ontbinding en dus een verkort boekjaar betreft) een jaarrekening dient op te maken die vervolgens openbaar dient te worden gemaakt. Ten tweede bestaat er onduidelijkheid over het al dan niet bestaan van een jaarrekeningenplicht (en administratieplicht) in de periode gelegen tussen het tijdstip van ontbinding en het tijdstip van herleving, met het oog op de terugwerkende kracht.

Hagens is van mening dat over het laatste boekjaar van een turbogeliquideerde BV geen jaarrekening hoeft te worden opgemaakt en vervolgens openbaar dient te worden gemaakt:

> *'De verplichting tot openbaarmaking van een jaarrekening over dit laatste boekjaar kan niet eerder dan zeven maanden na het verstrijken van dit boekjaar ontstaan. Op dat moment bestaat de vennootschap niet meer, zodat deze verplichting niet kan worden nagekomen. Voor het aanmerken van de publicatie van deze jaarrekening en de opgaaf van beëindiging van de vennootschap aan het handelsregister (art. 2:19 lid 6 BW) als een 'postorganisatierechtelijke' verplichting van het bestuur bestaat geen wettelijke grondslag.'*[39]

33 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013/217, r.o. 6.3 en Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846.
34 Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120, Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. De Jong en Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274, r.o. 3.
35 Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140.
36 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.
37 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 383 & 403.
38 Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846.
39 Hagens 2011, p. 182.

Bij deze laatste opmerking verwijst Hagens naar een rechtsoverweging uit een uitspraak van de rechtbank Utrecht,[40] die als volgt luidt:

> *'Naar de rechtbank begrijpt, komt het tweede deel van het primaire verweer van Rozenboom c.s. erop neer, dat Holdings op grond van de Verklaring erop mocht vertrouwen dat RZ de jaarrekening over 1998 openbaar had gemaakt'.*

Het is mij echter niet geheel duidelijk hoe Hagens hierin leest dat voor een 'postorganisatierechtelijke' verplichting geen wettelijke grondslag bestaat.

Mijns inziens zou een dergelijke 'postorganisatierechtelijke' verplichting – ondanks dat een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt – wel moeten bestaan, gelet op de betekenis van de jaarrekening; '*een document van verantwoording tegenover een ruime kring van belanghebbenden*',[41] ofwel de jaarrekening als document ter bevordering van de rechtszekerheid en derdenbescherming. Het opmaken van een jaarrekening over een verkort boekjaar voor turboliquidatie van de BV zou voor de bestuurders als voordeel hebben dat hierover decharge kan worden verleend. Gelet op artikel 2:210 lid 3 BW dient naast de vaststelling van de jaarrekening een separaat dechargebesluit te worden genomen.[42] Daarnaast kan de jaarrekening – dan wel de vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening – ingeval van artikel 2:396 BW een belangrijke rol spelen wanneer het bestuur van een turbogeliquideerde BV gedurende een heropeningsprocedure wordt verweten dat er ten tijde van de ontbinding wel baten aanwezig waren en dus ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie.[43] Bovendien volgt uit jurisprudentie dat het ontbreken van jaarstukken of een balans ten tijde van het ontbindingsbesluit van een BV tot gevolg heeft dat er geen enkele duidelijkheid bestaat over de omvang van de schulden en activa. Deze onduidelijkheid kan er onder omstandigheden toe leiden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, hetgeen een bate voor heropening van de vereffening kan opleveren.[44]

Dat de BV in geval van een turboliquidatie 'leeg' is, doet naar mijn mening niets af aan de verplichting tot opmaking van een jaarrekening dan wel vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening over het laatste verkorte boekjaar. Ook de Hoge Raad volgt een soortgelijke denkwijze bij een beslissing over het al dan niet bestaan van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW:

40 Rb. Utrecht 9 januari 2002, *JOR* 2002/54, r.o. 4.4.
41 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 348.
42 Tenzij sprake is van een DGA-situatie, zie artikel 2:210 lid 5 BW.
43 Zie ook Nethe 2012, onder 2.
44 Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274.

'De klachten van het onderdeel komen erop neer dat, indien het belang bij openbaarmaking van de jaarrekening betrekkelijk is omdat de vennootschap geen of weinig activiteiten verricht dan wel zij geen of weinig relaties heeft, dit van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de niet-nakoming van de verplichting tot tijdige openbaarmaking een onbelangrijk verzuim oplevert als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW.

Deze opvatting is onjuist. Art 2:248 lid 2 BW bepaalt dat het niet voldoen aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en aan de plicht van art. 2:394 BW tot het tijdig openbaar maken van de jaarrekening, onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur oplevert, omdat het niet voldoen aan deze verplichtingen – gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult (...). Ook indien het belang bij openbaarmaking in het gegeven geval betrekkelijk is om redenen als bedoeld in het onderdeel, wijst de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening op zichzelf op een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Die redenen kunnen derhalve geen grond zijn om een onbelangrijk verzuim aan te nemen als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW.'[45]

Ten aanzien van het al dan niet bestaan van een jaarrekeningenplicht (en administratieplicht) in de periode gelegen tussen het tijdstip van ontbinding en het tijdstip van herleving is het van belang om de terugwerkende kracht van de herleving van een turbogeliquideerde BV[46] in het achterhoofd te houden. De terugwerkende kracht heeft immers tot gevolg dat de BV wordt geacht te hebben voortbestaan in de periode gelegen tussen het tijdstip van ontbinding en het tijdstip van herleving, op grond waarvan geconcludeerd zou kunnen worden dat de BV ook een administratieplicht en jaarrekeningenplicht heeft over die periode. Van de organen van een turbogeliquideerde BV kan echter niet worden verlangd dat zij na ontbinding nog (dienen te) voldoen aan de administratieplicht en jaarrekeningenplicht, met het oog op een mogelijke herleving van de BV. De wetgever heeft dit ook opgelost door in artikel 2:23c lid 1 BW op te nemen dat de BV herleeft, '*doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening*'. Artikel 2:23c lid 1 BW staat er dan ook (terecht) aan in de weg dat de turbogeliquideerde BV, na een herleving, met terugwerkende kracht aan de administratieplicht en jaarrekeningenplicht moet voldoen.[47]

45 HR 12 juli 2013 *LJN* BZ7189, r.o. 3.5.2.

46 Zie ook Van den Ingh 1994, p. 814, Hagens 2011, p. 181-184 en Van de Streek e.a. 2012, onder 1.0.3.B.b.13 en paragraaf 8.1.

47 Hagens 2011, p. 181.

10.3.3 De driejaarstermijn ex artikel 2:248 lid 6 BW

Zoals beschreven dient het kennelijk onbehoorlijk bestuur te hebben plaatsgevonden in de drie jaren voorafgaand aan de faillietverklaring, wil een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW slagen. In een uitspraak van de rechtbank Arnhem kwam in dat kader de vraag aan de orde of de driejaarstermijn mag worden opgerekt wanneer een BV onterecht door middel van turboliquidatie is ontbonden. De curator betoogde dat het antwoord hierop bevestigend moest zijn, nu op grond van artikel 2:23a lid 4 BW al eerder aangifte tot faillietverklaring had moeten worden gedaan. De rechtbank volgde de curator hierin echter niet:

> *'De duidelijke tekst van dat zesde lid van artikel 2:248 BW en de parlementaire geschiedenis bieden geen handvat voor oprekking van de driejaarstermijn, die is ingegeven door de overweging dat, zonder deze beperking in de tijd, de werking van het artikel voor bestuurders (en gewezen bestuurders) al te bezwaarlijk zou kunnen worden (MvT, TK, zitting 1980-1981, 16 631, nr. 3, pagina 6).'*[48]

Uit de door de rechtbank aangehaalde parlementaire stukken volgt inderdaad dat de onderliggende gedachte bij de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW is dat zonder een dergelijke beperking in de tijd, de werking van het artikel te bezwaarlijk zou kunnen worden voor bestuurders.[49]

Echter, gaat het er in deze uitspraak nu juist niet om dat het bestuur heeft nagelaten tijdig het faillissement van de BV aan te vragen en in plaats daarvan is overgegaan tot het ten onrechte turboliquideren van de BV? Het bestuur heeft, met andere woorden, bewust niet voor de rechtens juiste weg gekozen. Ik zie niet in waarom in een dergelijk geval het bestuur beschermd zou moeten worden door de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW strikt te volgen. Mijns inziens is de curator in dergelijke gevallen niet gebonden aan de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW.

10.4 Samenvatting en conclusie

Zowel de faillissementspauliana als artikel 2:248 BW spelen in geval van een failliete turbogeliquideerde BV een tweeledige rol. Zij kunnen enerzijds als de oorzaak en anderzijds als een gevolg van de faillietverklaring van de BV worden aangemerkt. Alhoewel in de literatuur en jurisprudentie onenigheid is gerezen over de vraag of een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW als bate kan worden aangemerkt, is het mijns inziens – vanuit het oogpunt van bescherming van de proceseconomie en derdenbescherming – evident dat het antwoord hierop bevestigend is.

---

48 Rb. Arnhem 18 april 2007, *JIN* 2007/320, m.nt. Van den Berg, r.o. 4.3.

49 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 6.

Ondanks dat algemeen wordt aangenomen dat in geval van een turbogeliquideerde BV geen jaarrekening behoeft te worden opgemaakt over het laatste (verkorte) boekjaar, ben ik van mening dat het opmaken van een dergelijke jaarrekening – gelet op de functie van de jaarrekening – wel degelijk een verplichting zou dienen te zijn. Het opmaken van een jaarrekening heeft ook voordelen voor het bestuur: over de periode waarop de jaarrekening ziet, kan decharge worden verleend in een separaat dechargebesluit en de jaarrekening kan het bestuur van dienst zijn bij een geschil omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van ontbinding in een heropeningsprocedure.

Tot slot zou het mijns inziens mogelijk moeten zijn om de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW op te rekken wanneer sprake is van een onterechte turboliquidatie (althans in geval het bestuur bewust onterecht is overgegaan tot turboliquidatie), mede gelet op het parlementaire doel van deze bepaling.

Hoofdstuk 11

MISBRUIK VAN BV'S

11.1 Inleiding

Het fenomeen misbruik van vennootschappen staat centraal in dit laatste inhoudelijke hoofdstuk. Hierbij zijn veelal BV's betrokken. De BV heeft als kapitaalvennootschap rechtspersoonlijkheid als gevolg waarvan de aandeelhouders en het bestuur slechts beperkt aansprakelijk zijn. Deze rechtspersoonlijkheid in combinatie met de beperkte persoonlijke aansprakelijkheid maakt van de BV een geschikte rechtsvorm voor het drijven van een onderneming waaraan risico's zijn verbonden. Van dit concept kan echter ook eenvoudig misbruik worden gemaakt. Doordat de BV als rechtspersoon geregeld voorkomt als eenpersoons-BV of als BV waarin een grootaandeelhouder feitelijk de macht uitoefent, ontbreekt het machtsevenwicht tussen het bestuur en de aandeelhouders, hetgeen ertoe leidt dat dergelijke BV's vennootschappen zijn waarvan eenvoudig misbruik kan worden gemaakt. Een dergelijk machtsevenwicht is er juist teneinde te voorkomen dat één van de twee organen de vennootschap in zijn of haar voordeel uitbuit.[1]

Het doel van dit hoofdstuk is te onderzoeken hoe de turboliquidatie als ontbindingswijze van BV's in relatie staat tot BV-fraude, zodat de onderzoeksvraag met betrekking hiertoe kan worden beantwoord en aanbevelingen voor de praktijk en tot wijziging van de wet kunnen worden geformuleerd. Dit hoofdstuk begint met een omschrijving van het fenomeen misbruik van vennootschappen (paragraaf 11.2). Vervolgens zal worden ingegaan op de huidige wet- en regelgeving omtrent de bestrijding van misbruik van vennootschappen (paragraaf 11.3). In paragraaf 11.4 staat de toekomst van antimisbruikwetgeving centraal. In paragraaf 11.5 zal tot slot een antwoord worden geformuleerd op de vraag hoe de turboliquidatie als ontbindingswijze van BV's in relatie staat tot BV-fraude.

1 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 43.

11.2 Misbruik van vennootschappen

Het fenomeen misbruik van vennootschappen is tot op heden niet gecodificeerd. In artikel 2 lid 1 Wet op controle rechtspersonen (hierna: Wcr) wordt slechts een voorbeeld gegeven van misbruik van vennootschappen:

> *'Onze Minister controleert rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, waaronder het plegen van misdrijven en overtredingen van financieel-economische aard door of door middel van deze rechtspersonen.'*

Doordat de wetgever in artikel 2 lid 1 Wcr ook bepaalde overtredingen bestempelt als misbruik van vennootschappen, wordt hierbij – in tegenstelling tot hetgeen het begrip misbruik wellicht doet vermoeden – niet steeds vereist dat het om opzettelijk of culpoos handelen gaat.[2]

Naast dit voorbeeld van misbruik ontbreekt een verdere wettelijke omschrijving van het begrip. In de parlementaire geschiedenis is daarentegen wel vaker gepoogd het begrip te definiëren: onder misbruik van vennootschappen dient niet slechts te worden verstaan het '*gebruik van de rechtspersoon voor ongeoorloofde doelen, alsmede het regelmatig handelingen verrichten door de leiding ten nadele van crediteuren in eigen persoonlijk voordeel of in het voordeel van derden*,'[3] maar ook het '*roekeloos omspringen met de belangen van crediteuren, zonder dat het oogmerk om persoonlijk voordeel te verwerven aanwezig hoeft te zijn*'.[4] Het oogmerk van eigen persoonlijk voordeel van bestuurders of voordeel van derden is volgens Van Schilfgaarde geen wezenlijk element van de gedragingen waartegen de wettelijke maatregelen ter bestrijding van misbruik zich dienen te richten, ondanks dat dit voordeel veelal aanwezig zal zijn.[5]

In latere Kamerstukken – met name in de memorie van toelichting bij de Wet documentatie vennootschappen – wordt gesteld dat onder misbruik van vennootschappen dient te worden verstaan '*dat vennootschappen worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of benadeling van crediteuren. Tevens omvat de term misbruik het plegen van misdrijven en overtredingen van financieel-economische aard door of door middel van een vennootschap. Het gaat dan om strafbare feiten die direct gerelateerd zijn aan de activiteiten van de vennootschap in kwestie*.'[6]

2 Doorenbos 2010, onder 6.1.
3 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 32-33.
4 Zie ook: Van Schilfgaarde 1986, p. 2.
5 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 32-33.
6 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 217, nr. 3 (MvT), p. 8.

Een gelijksoortige omschrijving treft men aan in de memorie van toelichting bij de Wet ongeoorloofde doeleinden:

> *'Onder misbruik van rechtspersonen dient te worden verstaan: het gebruik van een rechtspersoon voor ongeoorloofde doeleinden. Hieronder worden in ieder geval misdrijven en overtredingen van financieel-economische aard door of door middel van een rechtspersoon begrepen, waaronder het gebruik van een rechtspersoon met het oog op het benadelen van zijn schuldeisers en financiering van terroristische organisaties en witwaspraktijken'.*[7]

Even verderop wordt in dezelfde memorie van toelichting ook het gebruik van een rechtspersoon met het oog op faillissementsfraude onder misbruik van vennootschappen geschaard.[8] In de nota bij laatstgenoemde wet wordt weer een andere omschrijving gegeven van misbruik: '*het ontwijken van persoonlijke aansprakelijkheid door natuurlijke personen door zich te verschuilen achter een rechtspersoon*'.[9]

Maeijer omschrijft het begrip als volgt: '*niet alleen het duidelijke geval dat de vennootschap ten nadele van de crediteuren wordt gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of ter verkrijging van persoonlijk voordeel, maar ook de situatie dat handelingen worden gepleegd niet gericht op persoonlijk voordeel maar wel met de opzet of in de wetenschap (voorwaardelijke opzet) dat crediteuren worden benadeeld.*'[10]

Van Schilfgaarde is van mening dat men vooral zal spreken van misbruik van vennootschappen '*wanneer de vennootschap wordt gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of met de opzet om ten nadele van de crediteuren persoonlijk voordeel te verwerven*.'[11]

Met Doorenbos ben ik van mening dat het, gelet op het feit dat het verschijnsel misbruik van vennootschappen in de rechtsleer en de jurisprudentie nog in ontwikkeling verkeert, te vroeg is voor de wetgever zich aan bepaalde definities te wagen.[12]

Misbruik van vennootschappen kan op verschillende wijzen plaatsvinden. De rechtspersoonlijkheid van vennootschappen kan worden misbruikt met het oogmerk de schuldeisers van de vennootschap te benadelen. Vennootschappen kunnen worden gebruikt teneinde terroristische organisaties te financieren. Misbruik van vennootschappen komt voor in witwaspraktijken, maar ook in de vorm van faillissementsfraude of belastingontduiking. Voorgaande verschijningsvormen van misbruik kunnen

7 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3 (MvT), p. 2.
8 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3 (Mvt), p. 17.
9 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 948, nr. 6 (MvA), p. 9.
10 Asser & Maeijer 2-III 1994, nr. 14.
11 Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 43.
12 Doorenbos 2010, onder 6.1.

worden bestempeld als misdrijven en overtredingen van financieel-economische aard door of door middel van een vennootschap.[13] Misbruik van een andere aard is ook mogelijk, men denke aan het ontduiken van medezeggenschapsregelingen, het houden van inzamelingen voor een doel dat niet legitiem is en het verrichten van werkzaamheden strijdig met de openbare orde, de goede zeden of hetgeen in het maatschappelijk verkeer wordt betaamd.[14]

11.3 De huidige antimisbruikwetgeving

De huidige antimisbruikwetgeving treffen we aan in verschillende wettelijke regelingen. In het vennootschapsrecht zijn verschillende fraudebestrijdende bepalingen opgenomen, maar ook in het fiscaal recht, het faillissementsrecht en het strafrecht vindt men bepalingen terug die beogen misbruik te voorkomen.

De meest in het oog springende antimisbruikwetgeving bestaat uit de drie antimisbruikwetten: de Wet ketenaansprakelijkheid, de Wet bestuurdersaansprakelijkheid en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (paragraaf 11.3.1).

Voor wat betreft de overige vennootschapsrechtelijke antimisbruikwetgeving kan worden gewezen op de kapitaalbeschermingsmaatregelen, het jaarrekeningenrecht, de mogelijkheden tot bestuurdersaansprakelijkheid, de oprichtingsvereisten van vennootschappen, de regeling van de overdracht van aandelen op naam bij notariële akte en een aantal ontbindingsgronden voor BV's. Bovendien is de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna ook: Wfbv) gericht tegen oneigenlijk gebruik van formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen (paragraaf 11.3.2).

In het fiscale recht is – naast de Wet ketenaansprakelijkheid en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid – een antimisbruikbepaling opgenomen inzake inlenersaansprakelijkheid (paragraaf 11.3.3).

In het faillissementsrecht worden ter bestrijding van misbruik van BV's mogelijkheden geboden aan de curator om bepaalde rechtshandelingen (paulianeuze rechtshandelingen) verricht vóór het faillissement te vernietigen (paragraaf 11.3.4).

De strafrechtelijke bepalingen inzake misbruikbestrijding dienen veelal te worden gelezen in samenhang met artikel 51 Sr, op grond van welk artikel ook rechtspersonen strafbaar kunnen worden gesteld (paragraaf 11.3.5).

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3 (MvT), p. 2 en 17.
14 Van Schilfgaarde 1986, p. 2.

11.3.1 De drie antimisbruikwetten

Eind jaren '70 van de vorige eeuw groeide bij de Nederlandse overheid het bewustzijn van de populariteit van de BV met de beperkte aansprakelijkheid in misbruikconstructies. Teneinde dergelijke misbruikconstructies te voorkomen, zijn drie wetten tot stand gekomen.[15] De Wet ketenaansprakelijkheid (de eerste anti-misbruikwet), de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (de tweede anti-misbruikwet) en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (de derde anti-misbruikwet).

De eerste antimisbruikwet
De Wet ketenaansprakelijkheid is gecodificeerd in artikel 35 IW. Deze wet is gericht tegen de malafide onderaanneming; de koppelbazen. Op grond van artikel 35 IW is de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk voor onbetaald gebleven sociale premies en belastingen die door de onderaannemer zijn verschuldigd. Met het oog op de afbakening van dit onderzoek blijft een verdere beschouwing van de Wet ketenaansprakelijkheid hier achterwege.

De tweede antimisbruikwet
De Wet bestuurdersaansprakelijkheid is gecodificeerd in artikel 36 IW. Op grond van voormeld artikel kunnen bestuurders van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de in dat artikel opgesomde verschuldigde en onbetaald gebleven belastingen.

Of en onder welke omstandigheden bestuurders op grond van artikel 36 IW aansprakelijk kunnen worden gesteld, hangt grotendeels af van de vraag of voldaan is aan de meldingsplicht zoals opgenomen in het tweede lid: de rechtspersoon is verplicht om onverwijld nadat is gebleken dat het niet tot betaling van de in het eerste lid opgesomde belastingen kan overgaan, daarvan schriftelijk mededeling te doen aan de Ontvanger en – indien dit door de Ontvanger wordt verlangd – nadere inlichtingen te verstrekken en stukken te overleggen. Volgens de wettekst is iedere bestuurder bevoegd om namens de rechtspersoon een dergelijke melding te doen. Volgens de Hoge Raad maakt het voor wat betreft de toepassing van artikel 36 IW geen verschil of het een tijdelijke of definitieve betalingsonmacht betreft.[16] Het hof Leeuwarden is het hier echter niet mee eens en overwoog dat er geen meldingsplicht bestaat wanneer een vennootschap wel tot betaling in staat is, maar tijdige betaling achterwege laat vanwege bedrijfseconomische redenen.[17]

De melding van betalingsonmacht in de zin van artikel 36 IW dient schriftelijk te worden gedaan, waarbij een ruime mate van vormvrijheid geldt. Ook verzoeken om uitstel van betaling of andere mededelingen aan de Ontvanger waaruit volgt dat

15 Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 17.
16 HR 13 juli 1994, *BNB* 1995/201.
17 Hof Leeuwarden 1 november 2000, *LJN* AV6669.

sprake is van betalingsonmacht kunnen onder omstandigheden worden aangemerkt als melding in de zin van artikel 36 IW.[18] Volgens jurisprudentie bestaat geen verplichting tot melding indien de Ontvanger reeds op andere wijze op de hoogte van de betalingsonmacht is geraakt.[19]

De melding dient ingevolge artikel 36 lid 2 IW onverwijld te worden gedaan. Hieronder wordt verstaan dat de betalingsonmacht uiterlijk binnen twee weken na de dag waarop de belasting behoorde te zijn afgedragen, dient te worden gemeld.[20]

Wanneer op de juiste wijze en tijdig aan de meldingsplicht is voldaan, is een bestuurder slechts aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaand aan het tijdstip van de mededeling, aldus artikel 36 lid 3 IW. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van voormeld artikel is slechts sprake wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld.[21] Bij de toetsing of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur zullen alle ter zake doende omstandigheden in onderling verband en samenhang dienen te worden afgewogen. Bovendien moet het aannemelijk zijn dat een causaal verband bestaat tussen het onbetaald blijven van de belastingschulden en het kennelijk onbehoorlijk bestuur.[22]

Wanneer daarentegen niet, niet tijdig of op onjuiste wijze melding is gedaan van de betalingsonmacht, is een bestuurder aansprakelijk indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarbij wordt vermoed dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden in de drie jaren voorafgaand aan de melding. De bestuurder wordt in een dergelijk geval slechts tot weerlegging van het vermoeden toegelaten indien deze aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan de meldingsplicht heeft voldaan.

De derde antimisbruikwet

De Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement is gecodificeerd in de artikelen 2:138 en 2:248 BW. Op grond van artikel 2:248 BW kan het bestuur van een BV in geval van faillissement hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het boedeltekort. Aan een dergelijke aansprakelijkheidstelling worden de volgende voorwaarden gesteld: er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aan de zijde van het bestuur, hetgeen aannemelijk een belangrijke oorzaak is van het faillissement (lid 1) waarbij geldt dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement (lid 6).

18 Sijbers 2012, aantekening C7 bij artikel 36 IW.
19 Hof 's-Gravenhage 16 juni 2009, *JOR* 2009/277, m.nt. Tekstra.
20 Sijbers 2012, aantekening C7 bij artikel 36 IW.
21 HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*).
22 HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*).

Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW is sprake wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.[23] De rechter dient bij de beoordeling van de vraag of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur alle omstandigheden van het betrokken geval af te wegen.[24] Als gevolg van een dergelijke afweging kan het voorkomen dat een op zichzelf niet voldoende ernstige omstandigheid kan leiden tot de conclusie van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, terwijl een ernstig verwijtbare handeling kan worden gemitigeerd door het geheel van de overige omstandigheden van het geval. Als gevolg van de toevoeging 'kennelijk' dient de onbehoorlijkheid van de taakvervulling onmiskenbaar te zijn. Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling zijn; het nemen van beslissingen met vergaande financiële gevolgen zonder behoorlijke voorbereiding, waaronder onverantwoorde dividenduitkeringen[25] en nadelige activatransacties ten behoeve van een groepsvennootschap,[26] het zich niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's en het missen van de kwaliteiten om als bestuurder op te treden.[27]

Wanneer blijkt dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieverplichtingen op grond van artikel 2:10 BW of zijn publicatieverplichting wat betreft de jaarrekening op grond van artikel 2:394 BW, dan treedt het dubbel wettelijk vermoeden van het tweede lid van artikel 2:248 BW in. In dergelijke situaties staat onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Ter weerlegging van laatstgenoemd vermoeden dient de aangesproken bestuurder aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.[28] Voorbeelden van andere feiten en omstandigheden die als belangrijke oorzaak van het faillissement gezien kunnen worden, zijn van buiten komende oorzaken van plotselinge aard, zoals een brand.[29]

De eerste mogelijkheid die de curator heeft om zich te beroepen op de bewijsvermoedens van het tweede lid van artikel 2:248 BW ziet op de schending van de administratieplicht van artikel 2:10 BW. Op grond van dit artikel is het bestuur van een BV verplicht tot het houden van zodanige aantekeningen omtrent de vermogenstoestand van de BV, dat daaruit te allen tijde haar rechten en verplichtingen kunnen worden afgeleid. Volgens de Hoge Raad is het van belang dat de administratie van de

23 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (*Panmo*).
24 HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*).
25 HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders loodgieters*).
26 HR 18 maart 2011, *NJ* 2011, 132 (*D. Freight*).
27 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 457.
28 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Mefigro*).
29 HR 20 november 2007, *JOR* 2008/29 (*Blue Tomato*).

BV zodanig is dat men op enig moment snel inzicht kan verkrijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten – gelet op de aard en de omvang van de onderneming – een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de BV.[30]

De tweede mogelijkheid die de curator heeft om zich te beroepen op de bewijsvermoedens van het tweede lid van artikel 2:248 BW ziet op de schending van de publicatieplicht van de jaarrekening (artikel 2:394 BW). Publicatie van de jaarrekening dient te geschieden binnen acht dagen na de vaststelling van de jaarrekening. Wanneer de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de voor het opmaken voorgeschreven termijn is vastgesteld, publiceert het bestuur onverwijld de jaarrekening ingevolge artikel 2:394 lid 2 BW. De termijn voor het opmaken van de jaarrekening bedraagt vijf maanden en kan met ten hoogste zes maanden worden verlengd, aldus artikel 2:210 lid 1 BW. De publicatietermijn kan dus maximaal uitlopen tot dertien maanden (artikel 2:394 lid 3 BW). De publicatieplicht als bedoeld in artikel 2:248 BW wordt pas overschreden wanneer de jaarrekening niet binnen deze termijn van dertien maanden is gepubliceerd, ook wanneer geen sprake is van de verlenging van zes maanden als bedoeld in artikel 2:210 lid 1 BW. Het is volgens de Hoge Raad namelijk voor de beantwoording van de vraag of tijdig aan de publicatieplicht is voldaan niet van belang of de termijn voor het opmaken van de jaarrekening op formeel de juiste wijze is verlengd op basis van artikel 2:210 lid 1 BW. Crediteuren dienen ervan uit te gaan dat door de algemene vergadering tot de door de wet toegestane verlenging is besloten, als gevolg waarvan de in artikel 2:210 lid 1 BW genoemde termijnen slechts van belang zijn voor de interne taakverdeling binnen de vennootschap.[31] Bovendien geldt dat een gering verzuim niet in aanmerking mag worden genomen, waardoor een overschrijding van de voor publicatie van de jaarrekening geldende termijn van dertien maanden met enkele dagen niet de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW doet activeren.[32] Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gering verzuim is niet slechts de duur van de termijnoverschrijding van belang; alle relevante omstandigheden van het geval wegen mee, waaronder de redenen van de termijnoverschrijding en het al dan niet ontbreken van een accountantsverklaring. Een termijnoverschrijding van zeventien dagen wordt door de Hoge Raad als niet gering beschouwd.[33]

De bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW kan slechts worden ingeroepen door de curator. Wanneer de curator beslist het instellen van een vordering ex artikel 2:248 BW achterwege te laten, rest voor de schuldeisers slechts de mogelijkheid om op grond van artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris op te komen tegen deze weigering van de curator.

30 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Maeijer (*Kemper en Sarper*).
31 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Maeijer (*Kemper en Sarper*).
32 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Maeijer (*Kemper en Sarper*).
33 HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (*Pfennings-Niederer q.q.*).

De omvang van de aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW bedraagt het boedeltekort; het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Hierbij is een causaal verband tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het boedeltekort niet vereist.[34] Veelal is de omvang van het boedeltekort ten tijde van de aansprakelijkheidstelling op grond van artikel 2:248 BW nog onbekend. Het vijfde lid van artikel 2:248 BW biedt de curator in dergelijke gevallen de mogelijkheid om de omvang van de schade vast te laten stellen door middel van een schadestaatprocedure.

Wanneer het bedrag van het boedeltekort en daarmee het bedrag van de te vergoeden schade de rechter bovenmatig voorkomt gelet op de aard en de ernst van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, de wijze waarop dit is afgewikkeld en/of de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond, heeft de rechter de mogelijkheid het bedrag te matigen op grond van het vierde lid van artikel 2:248 BW.

Ingevolge het derde lid van artikel 2:248 BW heeft een aangesproken bestuurder de mogelijkheid zich te disculperen indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Als bestuurder in de zin van artikel 2:248 BW wordt ook aangemerkt degene die het beleid van de BV heeft bepaald of mede heeft bepaald, aldus lid 7.

11.3.2 De overige vennootschapsrechtelijke antimisbruikbepalingen

Naast de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement kan wat betreft de vennootschapsrechtelijke antimisbruikwetgeving allereerst worden gewezen op de kapitaalbeschermingsmaatregelen, welke regelingen zijn gericht op de bescherming van het kapitaal (het gebonden vermogen) van de BV ten behoeve van de crediteuren, zoals bijvoorbeeld artikel 2:216 BW.[35] Ook het jaarrekeningenrecht is van belang voor wat betreft het voorkomen van misbruik van BV's, aangezien op grond van deze wetgeving op BV's de plicht rust openbaar verslag te doen van hun financiële positie. Hetzelfde geldt voor de administratieplicht van artikel 2:10 BW. Uiteraard zijn hier ook de gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW) van belang.

Daarnaast dragen ook de oprichtingsvereisten die worden gesteld aan een BV bij aan de bestrijding van misbruik. Allereerst is er bij de oprichting van de BV een notariële akte vereist. Nu inschrijving in het handelsregister in het Nederlandse rechtstelsel geen constitutief oprichtingsvereiste voor de BV is, zou men kunnen stellen dat hiermede afbreuk wordt gedaan aan een stelsel gericht op bestrijding van misbruik

34 Polak & Pannevis 2014, p. 181.

35 Zie paragraaf 7.2.4 voor een uiteenzetting van de kapitaalbeschermingsmaatregelen.

en daarmede bescherming van schuldeisers. Teneinde hierin tegemoet te komen, zijn de bestuurders van de BV die (nog) niet is ingeschreven in het handelsregister – naast de BV zelf – persoonlijk aansprakelijk voor rechtshandelingen door hen verricht (artikel 2:180 lid 2 BW).

Vóór 1 juli 2011 was voor de oprichting van een BV een verklaring van geen bezwaar vereist. De minister verklaarde dat hem van geen bezwaren is gebleken ten aanzien van de oprichting van een BV (artikel 2:179 BW (oud)). De verklaring van geen bezwaar als constitutief vereiste voor de oprichting van een BV is per 1 juli 2011 komen te vervallen, omdat uit onderzoek bleek dat deze verklaring geen effectief middel was teneinde misbruik van vennootschappen te voorkomen. Het toezichtstelsel was namelijk gekoppeld aan een aantal formele handelingen (oprichting of statutenwijziging van de BV), terwijl misbruik van BV's veelal plaats zal vinden gedurende het uitoefenen van (ondernemings)activiteiten.[36]

Bij de Wet controle op rechtspersonen is het oude toezichtstelsel vervangen door een nieuw stelsel gebaseerd op een doorlopende controle gedurende de levensloop van BV's. Het doel van dit nieuwe systeem is het voorkomen en bestrijden van misbruik van vennootschappen en het vereenvoudigen van de opsporing en vervolging van de strafbare feiten die gepaard gaan met BV-fraude.[37] Bij deze doorlopende controle van BV's wordt gebruik gemaakt van veranderingen in sleutelgegevens (zoals NAW-gegevens, gegevens over bestuurders, en aandeelhouders) van BV's aan de hand van risicoprofielen, waarmee misbruik gedetecteerd kan worden.

Naast de vereisten die worden gesteld aan de oprichting van BV's, is het vereiste van een notariële akte bij een aandelenoverdracht via artikel 2:196 lid 1 BW ook een vorm van misbruikbestrijding.

Zoals reeds beschreven in de paragrafen 3.4.1 en 3.4.2, zijn ook de bepalingen omtrent de dwingende ontbindingen door de Kamer van Koophandel (artikel 2:19a BW) en door de rechtbank (artikel 2:21 en 2:185 BW) gericht tegen misbruik van BV's.

Bovendien is er de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, welke is gericht tegen oneigenlijk gebruik van formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen.

11.3.3 De fiscaalrechtelijke antimisbruikwetgeving

Naast de reeds in paragraaf 11.3.1 uitgewerkte Wet ketenaansprakelijkheid en Wet bestuurdersaansprakelijkheid is in de fiscale wetgeving ter bestrijding van misbruik van vennootschappen een bepaling inzake inlenersaansprakelijkheid opgenomen. De inlenersaansprakelijkheid ex artikel 34 IW heeft betrekking op aansprakelijkheid voor loon- en omzetbelastingschulden van degene die uitzendkrachten inleent van

36 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 55-62.
37 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3 (MvT), p. 2.

een (niet-erkend) uitzendbureau. Het onderliggend doel van de inlenersaansprakelijkheid is het voorkomen dat het uitzendbureau misbruik maakt bij het uitlenen van uitzendkrachten door geen loonheffing en/of omzetbelasting af te dragen aan de Ontvanger. In dergelijke gevallen kan de inlener aansprakelijk worden gesteld voor het door het uitzendbureau verschuldigde bedrag aan heffingen en belastingen.

11.3.4 De faillissementsrechtelijke antimisbruikwetgeving

In het faillissementsrecht worden ter bestrijding van misbruik van BV's mogelijkheden geboden aan de curator om bepaalde rechtshandelingen (paulianeuze rechtshandelingen) verricht vóór het faillissement te vernietigen. Ten aanzien van dergelijke paulianeuze rechtshandelingen kan een onderscheid worden gemaakt tussen onverplicht verrichte rechtshandelingen en verplicht verrichte rechtshandelingen.

De mogelijkheid van de curator om in bepaalde omstandigheden onverplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen, is vastgelegd in artikel 42 Fw. De voorwaarden die worden gesteld aan een beroep op artikel 42 Fw zijn de volgende; het dient een onverplicht verrichte rechtshandeling te betreffen, als gevolg waarvan de schuldeisers zijn benadeeld, hetgeen de schuldenaar – alsmede de wederpartij in geval van rechtshandelingen om baat – wist of behoorde te weten.

Onder een onverplicht verrichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw wordt verstaan een rechtshandeling die is verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestond.[38] Daarbij geldt dat feitelijke dwang en/of economische noodzaak niet leiden tot een rechtsplicht.[39] Volgens Pannevis zijn onverplichte rechtshandelingen de rechtshandelingen die de schuldenaar heeft verricht zonder dat hij daartoe verplicht was op grond van de wet of een eerder gesloten overeenkomst.[40] Voorbeelden van onverplichte rechtshandelingen zijn;[41] de betaling van een (nog) niet-opeisbare vordering[42] en het verstrekken van extra zekerheden ten behoeve van lopende kredieten als voorwaarde voor een kredietverhoging.[43] Het is aan de curator om het onverplichte karakter van de rechtshandeling aan te tonen.[44]

Zonder benadeling van de schuldeisers (en daarmee de omvang van de boedel) bestaat er voor de curator geen reden om op te treden.[45] Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw is het dus vereist dat benadeling van de gezamenlijke schuldeisers heeft

38 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937,431 (*Van der Feltz q.q./Hoornsche Crediet- en Effectenbank*).
39 Polak & Pannevis 2014, p. 136 en HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617.
40 Polak & Pannevis 2014, p. 136.
41 Voor een overzicht van mogelijke onverplichte rechtshandelingen in de zin van artikel 42 Fw verwijs ik naar Polak & Pannevis 2014, p. 137-138.
42 HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 626, m.nt. PvS.
43 Zie HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*) omtrent deze problematiek. Eveneens Hof Arnhem 23 juli 2002, *JOR* 2004/85 m.nt. RA.
44 HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 488 (*Montana II*).
45 Vriesendorp 2013, p. 246.

plaatsgevonden als gevolg van de rechtshandeling. De vraag naar de benadeling van schuldeisers dient te worden beantwoord aan de hand van een vermogensvergelijking, waarbij de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de rechtshandeling wordt vergeleken met de situatie waarin de schuldeisers verkeren wanneer de handeling niet wordt vernietigd.[46] Benadeling van schuldeisers kan op verschillende wijze plaatsvinden. Er is sprake van benadeling indien het vermogen van de schuldenaar als gevolg van de rechtshandeling wordt verminderd, maar ook wanneer door de rechtshandeling de bestaande rangorde van de crediteuren wijzigt.[47] Bij de beoordeling van benadeling van schuldeisers dient de rechtshandeling in zijn geheel te worden beschouwd, niet slechts een bepaald onderdeel daarvan.[48] Volgens de Hoge Raad is geen sprake van benadeling indien de schuldeisers slechts een voordeel ontgaat.[49] Bovendien hoeft een nieuw financieringsarrangement niet altijd benadeling van schuldeisers in de zin van artikel 42 Fw tot gevolg te hebben.[50]

Het laatste vereiste dat wordt gesteld aan een beroep op artikel 42 Fw is de wetenschap van de benadeling aan de zijde van de schuldenaar, en in geval het een rechtshandeling om baat betreft, ook aan de zijde van de wederpartij (artikel 42 lid 2 Fw). Voor het aannemen van wetenschap van benadeling van schuldeisers is het voldoende dat de wetenschap – het bewustzijn – naar objectieve maatstaven gemeten, aanwezig is.[51] Volgens de Hoge Raad is sprake van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw indien ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een boedeltekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.[52] De enkele wetenschap van de kans op benadeling is volgens de Hoge Raad onvoldoende.[53] De bewijslast wat betreft deze wetenschap van benadeling rust wederom op de curator. Teneinde de curator enigszins tegemoet te komen, heeft de wetgever een aantal bewijsvermoedens opgenomen in de artikelen 43 en 45 Fw. Wanneer de rechtshandeling heeft plaatsgevonden binnen één jaar voor de faillietverklaring en zich één van de in artikel 43 Fw genoemde omstandigheden voordoet, wordt vermoed dat de wetenschap aan zowel de zijde van de schuldenaar als aan de zijde van de wederpartij aanwezig is. Artikel 43 lid 1 BW noemt de overeenkomsten waarbij discrepantie bestaat tussen de waarde van de prestaties over en weer (sub 1), de rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld (sub 2) en de rechtshandelingen tussen natuurlijke en/of rechtspersonen met

46 Polak & Pannevis 2014, p. 138 en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654.
47 Polak & Pannevis 2014, p. 138-139 en HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber I*).
48 HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 220 (*Curatoren AHC/Air Holland.c.s.*)
49 HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214 (*Loeffen q.q./Mees en Hope II*).
50 HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (*Van Enden q.q./Rabobank*).
51 Polak & Pannevis 2014, p. 142.
52 HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273, m.nt. PvS (*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*).
53 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS (*Bakker/Katco*).

familiale en/of rechtspersoonlijke banden (sub 3 tot en met 6). Wanneer de rechtshandeling om niet is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring, dan wordt op grond van artikel 45 Fw ook vermoed dat de wetenschap van benadeling aanwezig is.

De mogelijkheid van de curator om in bepaalde omstandigheden verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen, is gecodificeerd in artikel 47 Fw. De voorwaarden die worden gesteld aan een beroep op artikel 47 Fw zijn de volgende: het dient een verplicht verrichte rechtshandeling te betreffen (het voldoen van een opeisbare schuld), als gevolg waarvan de schuldeisers worden benadeeld en waarbij kan worden aangetoond dat degene die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd, of kan worden aangetoond dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser met als doel de schuldeiser boven de overige schuldeisers te bevoordelen.

De voldoening van een opeisbare schuld als bedoeld in artikel 47 Fw dient ruim te worden opgevat: het dient te gaan om de voldoening van een verplichting waartoe de schuldenaar ingevolge de wet of een overeenkomst was gehouden.[54] Ook een girale betaling aan de schuldenaar, waarbij de debetstand van de bankrekening afneemt – hetgeen de bank als schuldeiser baat – is te scharen onder het toepassingsbereik van artikel 47 Fw.[55]

Ondanks dat het vereiste van benadeling van schuldeisers niet in de tekst van artikel 47 Fw is terug te lezen, is het wel degelijk een vereiste gesteld aan de toepassing van voormeld artikel. Zonder benadeling van de schuldeisers – en daarmee de boedelomvang – is er voor de curator immers geen reden om actie te ondernemen.[56] Het is volgens de Hoge Raad ook juist de strekking van artikel 47 Fw dat de gezamenlijke schuldeisers worden beschermd tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden.[57] Voor wat betreft het antwoord op de vraag wanneer sprake is van benadeling van schuldeisers in de zin van artikel 47 Fw verwijs ik terug naar hetgeen hierover is geschreven voor wat betreft artikel 42 Fw.

Naast de voldoening van een opeisbare schuld en de benadeling van schuldeisers als gevolg daarvan dient sprake te zijn van één van de twee in artikel 47 Fw genoemde situaties: degene die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd, of de betaling was het gevolg van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser met als doel deze schuldeiser boven anderen te bevoordelen. Ten aanzien van de eerst genoemde grond geldt dat deze strikt wordt uitgelegd door de Hoge Raad. Het is voor toepassing van artikel 47 Fw niet voldoende dat ten

54 Polak & Pannevis 2014, p. 147.
55 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (*Loeffen q.q./Mees en Hope I*).
56 Vriesendorp 2013, p. 251.
57 HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214, m.nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees en Hope II*).

tijde van de rechtshandeling beide partijen wisten dat het faillissement van de schuldenaar onontkoombaar was, maar nog niet aangevraagd.[58] Het faillissement dient dus reeds aangevraagd te zijn. Ten aanzien van de tweede situatie geldt dat sprake dient te zijn van samenspanning tussen de schuldenaar en de wederpartij. Onder een dergelijke samenspanning verstaat de Hoge Raad dat niet alleen bij de wederpartij, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk aanwezig was om de wederpartij door de betaling boven de andere schuldeisers te bevoordelen. Wanneer de betaling is verricht onder druk van de wederpartij op de schuldenaar, is geen sprake van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw.[59]

11.3.5 De strafrechtelijke antimisbruikwetgeving

De strafrechtelijke antimisbruikwetgeving dient veelal te worden gelezen in samenhang met artikel 51 Sr. Uit het eerste lid van voormeld artikel volgt namelijk dat strafbare feiten ook kunnen worden begaan door rechtspersonen. Wanneer een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon kan een strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen worden uitgesproken jegens de rechtspersoon en/of jegens degenen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Voor de strafbaarstelling van een feitelijk leidinggevende is vereist dat deze op de hoogte was van de strafbare feiten en de mogelijkheid heeft gehad om deze te beëindigen. Volgens de Hoge Raad aanvaardt degene die maatregelen ter voorkoming van een strafbare gedragingen achterwege laat, terwijl hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden (het machtsvereiste) was, bewust de aanmerkelijke kans op een verboden gedraging (het aanvaardbaarheidsvereiste).[60]

Voor wat betreft de vraag of een bestuurder als feitelijk leidinggevende in de zin van artikel 51 Sr kan worden aangemerkt, kan de interne taakverdeling binnen de BV van belang zijn. In geval van een duidelijk omlijnde en min of meer duurzame taakverdeling kan de bestuurder die krachtens deze taakverdeling geen bemoeienis heeft gehad met het bedrijfsonderdeel waar het strafbare feit zich heeft voltrokken, niet als leidinggevende in de zin van artikel 51 Sr worden aangemerkt.[61]

De strafbaarstelling van de volgende feiten heeft een preventieve werking voor wat betreft misbruik van vennootschappen: valsheid in (bijzondere) geschriften (artikelen 225 en 226 Sr), valse opgaven in authentieke akten (artikel 227 lid 1 Sr), de opgave van onware gegevens (artikel 227a Sr), het nalaten van het verstrekken van verplichte gegevens (artikel 227b Sr), oplichting (artikel 326 lid 1 Sr), bedrog in de jaarstukken

58 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 662, m.nt. WMK (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*).
59 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*).
60 HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 (*Slavenburg II*).
61 Schwarz & Wessels 1992, p. 96.

(artikel 336 Sr), eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk (artikelen 340 tot en met 343 Sr), het verlenen van medewerking of het geven van toestemming door bestuurders of commissarissen van een rechtspersoon aan handelingen in strijd met de wet, de statuten of de reglementen als gevolg waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt (artikel 347 Sr) en actieve en passieve fraude (artikel 447c respectievelijk artikel 447d Sr).

11.4 De toekomstige antimisbruikwetgeving

Misbruik van BV's is een actueel probleem waaraan aanzienlijke nadelige consequenties zijn verbonden. Het is daarom ook niet verbazend dat de Nederlandse overheid in de afgelopen jaren verschillende initiatieven heeft gelanceerd betreffende de aanpassing van de huidige wetgeving ter bestrijding en voorkoming van frauduleuze constructies met BV's. Zo dienden de Tweede Kamerleden Groot en Recourt in 2011 hun initiatiefnota ter instelling van een centraal aandeelhoudersregister in. De achterliggende gedachte daarbij was enerzijds het vergroten van transparantie in het rechtsverkeer en anderzijds het tegengaan van misbruik van BV's.[62] Dit initiatiefvoorstel en de daaropvolgende commentaren en aanpassingen zullen in paragraaf 11.4.1 aan bod komen.

De minister kondigde in 2012 het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aan,[63] welk programma rust op drie pijlers. Eén van de pijlers waarop het wetgevingsprogramma berust, is fraudebestrijding. Binnen deze pijler zijn drie wetsvoorstellen gedaan: een wetsvoorstel ter invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod,[64] een wetsvoorstel ter herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht[65] en een wetsvoorstel ter invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator.[66] De fraudebestrijdende pijler van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht zal in paragraaf 11.4.2 centraal staan.

11.4.1 Het centraal aandeelhoudersregister[67]

De doelstelling van Groot en Recourt bij het instellen van een centraal aandeelhoudersregister was het vergroten van transparantie in het rechtsverkeer en het tegengaan van misbruik van BV's. Teneinde een en ander te realiseren, zal de poortwachtersrol van de notaris in het Nederlandse rechtsverkeer dienen te worden vergroot. Deze

62 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota).
63 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.
64 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 1 (Voorstel van Wet).
65 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet).
66 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 2 (Voorstel van Wet).
67 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Renssen 2014-1, p. 44-50, Renssen 2014-2 en Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.

rol van de notaris is van belang bij de oprichting van de BV alsmede bij een latere aandelenoverdracht. Een constitutief vereiste voor zowel de oprichting van een BV als een aandelenoverdracht is immers de notariële akte (artikel 2:176 respectievelijk 2:196 BW). Wanneer de notaris de opdracht krijgt een notariële akte op te stellen ten behoeve van een aandelenoverdracht, zal hij allereerst de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper dienen vast te stellen, waarna hij zal dienen te onderzoeken of de aandelen al dan niet zijn bezwaard met pandrechten of andere beperkende rechten, of de aandelen al dan niet gecertificeerd zijn, of er optie- of andere voorkeursrechten jegens derden met betrekking tot de aandelen bestaan en of bij de verkrijging van de aandelen mogelijke overdrachtsbelasting verschuldigd is.[68] Op grond van de huidige wetgeving kan de notaris bij het vervullen van deze poortwachtersrol putten uit twee belangrijke bronnen: het handelsregister en het verplicht bij te houden aandeelhoudersregister door het bestuur van een BV op grond van artikel 2:194 BW. Belangrijke informatie ontbreekt echter dikwijls in de praktijk. In het handelsregister wordt namelijk slechts vastgelegd wie de bestuurder(s) van de BV is(zijn), gegevens over de statuten, gegevens over de vestigingsplaats, gegevens over de activiteiten van de BV, de omvang van het geplaatste aandelenkapitaal en wanneer de laatst vastgestelde jaarrekening is gedeponeerd. Wat betreft de aandeelhouders van een BV worden in het handelsregister slechts de gegevens van een aandeelhouder opgenomen, wanneer de BV slechts één aandeelhouder heeft.[69] In het aandeelhoudersregister van artikel 2:194 BW dienen wel de gegevens van alle aandeelhouders te worden opgenomen. Het probleem hierbij is echter dat in de praktijk veelal blijkt dat dit aandeelhoudersregister niet goed wordt bijgehouden.[70] Dit brengt mee dat het voor een notaris vaak onmogelijk is om te achterhalen wie een aandeelhouder is en of de overdragende persoon wel beschikkingsbevoegd is. Misbruik van BV's wordt gekenmerkt door ondoorzichtige constructies en onduidelijke belangen van de betrokken (rechts)personen.[71] Juist omdat men van een notariële aandelenoverdracht veel verwacht vanuit een oogpunt van rechtszekerheid,[72] is het van belang de poortwachtersrol van de notaris bij de aandelenoverdracht te vergroten.

Alhoewel de instelling van een centraal aandeelhoudersregister (naast het reeds bestaande aandeelhoudersregister van artikel 2:194 BW) daar ongetwijfeld positief aan zal bijdragen, behoeft het voorstel tot invoering van het centraal aandeelhoudersregister – althans zoals het er nu ligt – mijns inziens enige aanpassing. Zo zal de positioneringskeuze van het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister naar mijn mening moeten worden herzien, (paragraaf 11.4.1.2) alsook de keuze van de minister om het register slechts toegankelijk te maken voor het notariaat (paragraaf

68 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 3.
69 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 3 en artikel 9 e.v. Handelsregisterwet 2007.
70 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, nr. 285.
71 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota).
72 Asser-Maeijer 2-III 1994, nr. 201.

11.4.1.3). Alvorens in te gaan op mijn kanttekeningen bij het huidige wetsvoorstel, zal kort worden beschreven wat het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister inhoudt (paragraaf 11.4.1.1).

11.4.1.1 Het voorgestelde register[73]

Het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister is een openbaar register voor aandelen in BV's en niet-beursgenoteerde NV's. Het register zorgt er volgens de Tweede Kamerleden Groot en Recourt enerzijds voor dat de notaris meer instrumenten heeft om onderzoek te doen naar de natuurlijke personen die werkelijk schuil gaan achter bepaalde rechtspersonen en geldstromen. Anderzijds leidt de instelling van een centraal aandeelhoudersregister tot een beter zicht van de notaris op fraudeconstructies met BV's, onduidelijke belangen van natuurlijke en rechtspersonen en witwasconstructies. Volgens de minister is het centraal aandeelhoudersregister niet beperkt tot het belang van de rechtszekerheid of de uitoefening van wettelijke taken door het notariaat: de instelling van het centraal aandeelhoudersregister is volgens hem primair gericht op het ontsluiten van de aandeelhoudersinformatie voor aangewezen (publieke) diensten in het kader van controle, toezicht en opsporingstaken.[74]

De Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister van Financiën noemen het centraal aandeelhoudersregister min of meer als alternatief voor de door de Europese Commissie voorgestelde 'UBO-kenplicht'.[75] De 'UBO-kenplicht' komt er kort gezegd op neer dat alle rechtspersonen in de EU zelf informatie over hun uiteindelijk belanghebbende ('UBO-informatie') moeten bijhouden en dat die informatie beschikbaar moet zijn voor Wwft-instellingen. Beide ministers geven aan dat Nederland deze 'UBO-kenplicht' niet wenselijk acht en dat Nederland meer ziet in een centraal aandeelhoudersregister.[76]

In de initiatiefnota werd voorgesteld om in het centraal aandeelhoudersregister feiten te registreren die voor de rechtstoestand van aandelen in een BV of niet-beursgenoteerde NV van belang zijn. Daarbij valt, aldus de Tweede Kamer-leden Groot en Recourt, te denken aan:

> *'– gegevens van de gerechtigden en beperkt gerechtigden (waaronder pandhouders en vruchtgebruikers) van aandelen, en de wijze waarop deze hun rechten hebben verkregen;*
> *– gegevens van certificaathouders en de rechten die deze aan het houderschap kunnen ontlenen;*

73 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Renssen 2014-1, p. 44-50, Renssen 2014-2 en Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.

74 *Kamerstukken II* 2012/2013, 32 608, nr. 5 (Brief), p. 1-2.

75 UBO staat voor Ultimate Beneficial Owner: de uiteindelijk belanghebbende.

76 *Kamerstukken II* 2012/13, 22 112, nr. 1578 en Brief Dijsselbloem aan de Tweede Kamer d.d. 19 december 2013 (kenmerk: FM/2013/2177U).

- *of er executoriale of conservatoire beslagen op de aandelen zijn gelegd;*
- *of een houder van aandelen of certificaten daarvan een aanmerkelijk belang heeft in de desbetreffende vennootschap;*
- *of de vennootschap een OZL*[77] *is;*
- *of de vennootschap behoort tot een concern.'*[78]

De minister is echter van mening dat registratie van beperkte rechten in het centraal aandeelhoudersregister – zoals door de Tweede Kamerleden Groot en Recourt voorgesteld – niet noodzakelijk is voor de uitvoering van controle en toezicht. De minister stelt daarom voor om in het centraal aandeelhoudersregister op te nemen de basisgegevens met betrekking tot:

i. de rechtspersoon (identificerende gegevens, naam, handelsnaam, zetel, vestigingsadres, aandelenkapitaal, uitgegeven aandelen);
ii. het aandeel (kenmerknummers, soort aandeel, nominale waarde, overdrachtsprijs, datum overdracht);
iii. de aandeelhouder:
   - natuurlijke persoon (identificerende gegevens, zoals naam, adres, woonplaats, geboortedatum, geslacht en administratieve kenmerken);
   - rechtspersoon (identificerende gegevens, naam, handelsnaam, zetel, vestigingsadres, gestort kapitaal, uitgegeven aandelen); en
iv. de bijbehorende brondocumenten (datum akte, datum transport, kenmerk, protocolnummer notaris).[79]

11.4.1.2 De positionering van het centraal aandeelhoudersregister[80]

Teneinde tot een weloverwogen positioneringsbesluit te komen, heeft de minister een impactanalyse laten opstellen door de Kamer van Koophandel en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) verzocht om een nadere onderbouwing van de optie waarin het centraal aandeelhoudersregister wordt beheerd door de KNB. Op basis hiervan is besloten om het centraal aandeelhoudersregister te positioneren bij het handelsregister dat wordt beheerd door de Kamer van Koophandel.[81]

De minister heeft aan dit besluit de volgende redenen ten grondslag gelegd. Allereerst past de doelstelling van het centraal aandeelhoudersregister het best bij het doel van het handelsregister: '*het bevorderen van rechtszekerheid in het economisch*

77 Een OZL is een onroerendzaaklichaam. Bij het verkrijgen van aandelen in een OZL, is veelal overdrachtsbelasting verschuldigd.

78 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 6.

79 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 6.

80 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Renssen 2014-1, p. 44-50, Renssen 2014-2 en Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.

81 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 562, nr. 1 (Besluit positionering centraal aandeelhoudersregister), p. 2-3.

verkeer, de verstrekking van gegevens van algemene, feitelijke aard omtrent de samenstelling van ondernemingen en rechtspersonen ter bevordering van de economische belangen van handel, industrie, ambacht en dienstverlening, en voor het registreren van alle ondernemingen en rechtspersonen als onderdeel van de gegevenshuishouding die bijdraagt aan het efficiënt functioneren van de overheid.' Voorts ligt de registratie van gegevens over aandeelhouders van onder andere BV's in het verlengde van de bestaande taak van de Kamer van Koophandel: de basisregistratie van ondernemingen. Thans wordt namelijk reeds in het handelsregister geregistreerd wie enig aandeelhouder van een BV is. Het voordeel hiervan is dat de informatie betreffende BV's en hun bestuurders en aandeelhouders op één centrale plaats aanwezig zal zijn. Bovendien is het beheer van het centraal aandeelhoudersregister passend bij de gewenste rol van de Kamer van Koophandel bij het voorkomen en bestrijden van criminaliteit. Ook beschikt de Kamer van Koophandel over ruime ervaring met het beheer van een basisregistratie. Tot slot voldoet het handelsregister als basisregister aan de eisen die de overheid stelt aan basisregistraties en sluit het aan bij hetgeen gebruikelijk is.[82]

Bij de impactanalyse heeft de minister ook het alternatief betrokken waarbij de digitale aktenadministratie bij de KNB feitelijk dient als centrale bron, waaruit het centraal aandeelhoudersregister kan worden gevuld. Deze digitale aktenadministratie bij de KNB verzekert de digitale registratie en opslag van alle notariële akten. Deze registratie is echter bedoeld noch ingericht om de inhoud van de notariële akten digitaal openbaar te maken ten behoeve van controle, toezicht en opsporing (zijnde de primaire doelstellingen van de invoering van het centraal aandeelhoudersregister). Bovendien is deze digitale aktenadministratie een gesloten, niet openbare registratie, terwijl het centraal aandeelhoudersregister tevens gebruik zal maken van informatie die openbaar te raadplegen is. Juist vanwege deze beslotenheid van de digitale aktenadministratie bij de KNB wordt het integreren van het centraal aandeelhoudersregister daarin door de minister als onwenselijk en onlogisch gezien. Verder wijst hij er in dit kader op dat de doelstelling van het centraal aandeelhoudersregister (controle, toezicht en opsporing met het oog op het bestrijden van fraude) in het geheel niet aansluit bij het doel van de digitale aktenadministratie (het dienen van het rechtszekerheidsbelang en het belang van een goede uitoefening van het notaris ambt). Bovendien is het niet ongebruikelijk dat het notariaat als bron van de informatie fungeert voor door andere instanties bij te houden bestanden, zoals dat bijvoorbeeld het geval is ten aanzien van het Kadaster en het handelsregister.[83]

Omdat de notaris een belangrijke schakel is in de betrouwbare informatievoorziening aan een centraal aandeelhoudersregister en bovendien behoort tot de gebruikersgroep ervan, vindt de minister het van belang dat de KNB nauw betrokken blijft bij de

82 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 562, nr. 1 (Besluit positionering centraal aandeelhoudersregister), p. 2-3.
83 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 562, nr. 1 (Besluit positionering centraal aandeelhoudersregister), p. 3-4.

invoering van het centraal aandeelhoudersregister. De Kamer van Koophandel wordt daarom verzocht om in samenspraak met de KNB te bezien op welke wijze de gegevenstoevoer en de toegang van het notariaat het best gekoppeld kan worden, zodat het centraal aandeelhoudersregister zo efficiënt mogelijk vorm zal krijgen en het notariaat daarvan kan profiteren.[84]

De KNB is het niet eens met het besluit van de minister om het centraal aandeelhoudersregister te positioneren bij de Kamer van Koophandel. De KNB ziet namelijk een rol voor zichzelf weggelegd als houder van het centraal aandeelhoudersregister. De toenmalige voorzitter van de KNB, Van Gerven, heeft aangegeven dat de KNB van mening is dat zij een groter toegevoegde waarde kan leveren in de vorm van kostenbesparing en lastenverlichting voor het bedrijfsleven dan de Kamer van Koophandel. Omdat de kosten en lasten van een centraal aandeelhoudersregister voor het notariaat alsmede het bedrijfsleven minimaal dienen te zijn, zal het vullen en het inzien van het register zo efficiënt en goedkoop mogelijk moeten kunnen plaatsvinden.[85]

Van Gerven beargumenteert zijn stelling door allereerst te wijzen op de gegevens die dienen te worden opgenomen in het centraal aandeelhoudersregister. De te registreren gegevens in het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister zijn namelijk primair beschikbaar bij het notariaat. Voorts zal de KNB het proces van registratie van notariële akte overnemen van de Belastingdienst, hetgeen betekent dat de KNB een centraal digitaal repertorium gaat ontwikkelen en houden. Hieraan worden digitale afschriften van alle verleden notariële akten gekoppeld die worden bewaard in een digitale aktenbak. De Belastingdienst zal inzage verkrijgen in het centraal digitaal repertorium en de bijbehorende akten. De digitale infrastructuur waarvan gebruik wordt gemaakt bij dit centraal digitaal repertorium maakt het mogelijk om snel, goedkoop en efficiënt te komen tot een centraal aandeelhoudersregister bij de KNB. Van Gerven wijst erop dat door de in het centraal digitaal repertorium vermelden gegevens te combineren met relevante vennootschaps-, aandelen- en aandeelhoudersgegevens en te registreren bij de KNB, reeds een centraal aandeelhoudersregister ontstaat. Verder wordt gesteld dat een rechtstreeks door het notariaat gevoed en door de KNB gehouden centraal aandeelhoudersregister de veiligheid en actualiteit van het dataverkeer, de vertrouwelijkheid en de rechtszekerheid van het centraal aandeelhoudersregister worden gewaarborgd. Het voordeel van de koppeling van het centraal aandeelhoudersregister aan het centraal digitaal repertorium is dat de relevante gegevens dan slechts één keer, door de notaris, hoeven te worden ingevoerd en voor twee delen kunnen worden gebruikt. Bovendien kan het invoeren van de te registeren gegevens met betrekking tot vennootschappen, aandelen en aandeelhouders bij de notaris veelal geautomatiseerd plaatsvinden vanuit de kantooradministratie.[86]

84 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 562, nr. 1 (Besluit positionering centraal aandeelhoudersregister), p. 3-4.
85 Brief van Van Gerven aan de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 29 januari 2013 (JSj/3502).
86 Brief van Van Gerven aan de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 29 januari 2013 (JSj/3502).

In de nieuwsberichten op de website van de KNB[87] wordt dan ook duidelijk naar voren gebracht wat het standpunt is van de KNB ten aanzien van het besluit van de minister ten aanzien van de positionering van het centraal aandeelhoudersregister bij de Kamer van Koophandel: '*De KNB betreurt het besluit van Opstelten en zij wil de minister alsnog op andere gedachten brengen*.'[88] En ten aanzien van het argument van de minister dat het onderbrengen van het centraal aandeelhoudersregister bij de Kamer van Koophandel sneller en goedkoper is te realiseren en te implementeren dan bij de varianten die door de KNB zijn beschreven: '*De KNB deelt die mening van de minister niet en zij wil dat de Tweede Kamer in de gelegenheid wordt gesteld zelf te beoordelen of dat zo is. (...). De KNB vindt dat zij op de meest efficiënte wijze de ontwikkeling en beheer van het register kan uitvoeren door onder meer gebruik te maken van de reeds tot haar beschikking staande informatie- en ICT-instrumenten. Behalve aan de minister heeft de KNB dit standpunt bij diverse gelegenheden ook aan betrokken Kamerleden overgebracht*.'[89] In een ander online nieuwsbericht uit de KNB de vrees dat in de toekomst mogelijk (extra) kosten zullen worden doorberekend aan of via het notariaat, wanneer niet transparant is hoe de Kamer van Koophandel het register denkt op te bouwen, welke kosten hiermee zijn gemoeid en voor wiens rekening die komen. Extra kosten wenst de KNB te voorkomen.[90]

Mij komen zowel de argumenten van de Kamer van Koophandel als de argumenten van de KNB logisch en praktisch voor, gelet op de efficiëntie en het financiële aspect. Ik zou de keuze voor de positionering van het aandeelhoudersregister vanuit een ander perspectief willen benaderen, rekening houdend met het doel van het instellen van het centraal aandeelhoudersregister, maar ook met het voorstel om de Kamers van Koophandel samen te voegen tot één centraal orgaan.

Allereerst wil ik de positioneringskeuze van het centraal aandeelhoudersregister benaderen met het oog op het uiteindelijke doel van onderliggend voorstel.[91] Door Tweede Kamerleden Groot en Recourt werd beoogd de notaris meer instrumenten te geven om onderzoek te doen naar de natuurlijke personen die werkelijk schuil gaan achter bepaalde rechtspersonen en geldstromen, zodat hij een beter zicht op fraudeconstructies met BV's, onduidelijke belangen van natuurlijke personen en rechtspersonen en witwasconstructies zou krijgen.[92] Ondanks dat het centraal aandeelhoudersregister

87 <www.knb.nl/dossier/aandeelhoudersregister>.

88 <www.knb.nl/dossier/aandeelhoudersregister>, onder nieuwsbericht: 'Opstelten: centraal aandeelhoudersregister naar KvK' d.d. 28 juni 2013.

89 <www.knb.nl/dossier/aandeelhoudersregister>, onder nieuwsbericht: 'Opstelten: centraal aandeelhoudersregister naar KvK' d.d. 28 juni 2013.

90 <www.knb.nl/dossier/aandeelhoudersregister>, onder nieuwsbericht: 'Opstelten houdt vast aan KvK voor aandeelhoudersregister' d.d. 4 juli 2013.

91 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota).

92 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 1-3.

daarnaast wordt ingesteld ten behoeve van overheidsdiensten in het kader van controle, toezicht en handhaving en de minister in zijn reactie op de initiatiefnota stelt dat het centraal aandeelhoudersregister niet beperkt is tot de uitoefening van wettelijke taken door het notariaat,[93] speelt de notaris mijns inziens een aanzienlijke rol bij de instelling van het centraal aandeelhoudersregister. Met andere woorden: het centraal aandeelhoudersregister wordt naar mijn mening hoofdzakelijk ingesteld teneinde de rol van de notaris te versterken bij het tegengaan van misbruik van BV's. Mijns inziens ligt het daarom voor de hand om het aandeelhoudersregister ook bij de notaris te positioneren.

Ten tweede is ten aanzien van de positioneringskeuze van het centraal aandeelhoudersregister het voorstel tot samenvoeging van de Kamers van Koophandel tot één centraal orgaan van belang. Voorgesteld wordt namelijk de huidige twaalf Kamers van Koophandel, de Vereniging Kamer van Koophandel Nederland en de Stichting Syntens (een innovatienetwerk voor ondernemers opgericht op initiatief van het Ministerie van Economische Zaken) samen te voegen tot één centraal bestuurde organisatie met de status van een zelfstandig bestuursorgaan. De Kamer van Koophandel zal als gevolg hiervan geconfronteerd worden met een aanzienlijke bezuinigingsopdracht.[94] Het ligt daarom mijns inziens – vanuit financieel oogpunt, maar zeker ook vanuit een praktisch oogpunt bezien – niet voor de hand om de Kamer van Koophandel nog een taak – in de vorm van het houden van het centraal aandeelhoudersregister – erbij te geven. Als gevolg van de samenvoeging van de Kamers van Koophandel en de daaruit voortvloeiende bezuinigingsopdracht zullen er namelijk naar verwachting 300 à 400 medewerkers van de Kamer van Koophandel moeten worden herplaatst en bovendien kunnen gedwongen ontslagen niet worden uitgesloten.[95] Gelet op voorgaande ligt een extra taak voor de Kamer van Koophandel (waarvoor wederom personeel nodig is) mijns inziens niet voor de hand.

11.4.1.3 De beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister[96]

Zoals beschreven wordt de instelling van een centraal aandeelhoudersregister voorgesteld teneinde de transparantie in het Nederlandse rechtsverkeer te vergroten en daarmee misbruik van BV's te voorkomen.[97] De bestrijding van misbruik van BV's

93 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 3.

94 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 553, nr. 2 (Voorstel van wet), p. 2.

95 Zie een nieuwsbericht op een blog van de website van de Kamer van Koophandel: <http://hallo.kvk.nl/hallo/welkom/kamer_van_koophandel/b/weblog/archive/2013/02/08/samenvoeging-kvk-en-syntens-van-start.aspx>.

96 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Renssen 2014-1, p. 44-50, Renssen 2014-2 en Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.

97 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 2.

is voor verschillende actoren van belang, omdat misbruik van BV's leidt tot een inbreuk op de integriteit en de veiligheid van het handelsverkeer.[98]

Hoewel het vanuit het oogpunt van de bestrijding van misbruik van BV's wellicht de voorkeur zou genieten om het centraal aandeelhoudersregister openbaar toegankelijk te maken,[99] is door de minister voorgesteld het register beperkt toegankelijk te maken voor met name overheidsdiensten in het kader van controle, toezicht en handhaving. De Dienst Justis, het Bureau Bibob, FIU-Nederland, de Belastingdienst, bijzondere opsporingsdiensten, veiligheids- en inlichtingendiensten, de politie, het OM, de notaris en de vennootschap zelf zullen toegang verkrijgen tot het centraal aandeelhoudersregister.[100] Voor deze beperkte toegang is gekozen met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer; vanuit privacyoverwegingen dus.[101] Bovendien kan een openbare toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister ertoe leiden dat vennootschappen moeilijk mede-investeerders kunnen aantrekken, omdat zij juist prijs stellen op anonimiteit. Het moge zo zijn dat de beperkte toegang tot het centraal aandeelhoudersregister – vanuit privacyperspectief bezien en mogelijk ook vanuit investeerderperspectief gezien – verklaarbaar is, maar het gevolg hiervan is dat een belangrijke groep gedupeerden van misbruik van BV's (de ondernemers in het midden- en kleinbedrijf en de consumenten) de toegang tot het centraal aandeelhoudersregister wordt onthouden. Uiteraard profiteert het bedrijfsleven er (indirect) van wanneer misbruik van BV's wordt tegengegaan door de instelling van het beperkt toegankelijk centraal aandeelhoudersregister. Ik kan mij voorstellen dat het voor ondernemers in het midden- en kleinbedrijf wenselijk is om inzicht te verkrijgen in de aandeelhoudersconstructie van een BV, voordat zij met een BV in zee gaan. Voor het gros van de consumenten is overigens het leed al geschied wanneer de notaris pas bij een aandelenoverdracht achter een misbruiksconstructie komt. Wanneer ondernemers in het midden- en kleinbedrijf en consumenten toegang hebben tot het centraal aandeelhoudersregister, hebben zij de mogelijkheid om onderzoek te doen naar de aandeelhoudersconstructie binnen de BV en kunnen zij mogelijk zelf voorkomen dat zij slachtoffer worden van misbruik van BV's. Ook de Tweede Kamerleden Groot en Recourt zijn van mening dat het – in het kader van het voorkomen van misbruik van BV's – de voorkeur zou genieten het centraal aandeelhoudersregister openbaar toegankelijk te maken.[102] De minister lijkt zelf ook in te zien dat – vanuit de positie van het bedrijfsleven bezien – vragen gesteld kunnen worden bij de beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister: '*In samenspraak met MKB zal bezien worden hoe*

98 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 2.
99 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 6.
100 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 3.
101 Zie ook: *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p.6.
102 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 6.

het bedrijfsleven met publiek-private samenwerking geholpen kan worden met toegang tot informatie uit het centraal aandeelhoudersregister, zonder afbreuk te doen aan het besloten karakter.'[103] Het is mij niet duidelijk hoe bewerkstelligd kan worden dat het bedrijfsleven toegang kan verkrijgen tot informatie uit het centraal aandeelhoudersregister, zonder daadwerkelijk toegang tot het centraal aandeelhoudersregister te krijgen.

Bovendien zou een openbare toegankelijk aandeelhoudersregister – in tegenstelling tot de door de minister voorgestelde beperkte toegankelijkheid – beter aansluiten op de gedachte dat het centraal aandeelhoudersregister min of meer gezien kan worden als alternatief voor de eerder genoemde 'UBO-kenplicht'.[104]

Een andere kanttekening die kan worden geplaatst bij de beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister ziet op de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (hierna: Wwft) en de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Sinds 1 juni 2003 zijn de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid) en de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (Wet MOT) van toepassing op diverse beroepsgroepen. Op 1 augustus 2008 zijn deze wetten vervangen door de Wwft. De Wwft bevat voor de meeste onder de reikwijdte vallende instellingen zowel de verplichting tot het doen van cliëntenonderzoek (artikel 3 jo. 8 Wwft) als de verplichting een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie te melden (artikel 16 Wwft).[105] Deze verplichtingen gelden niet voor alle beroepsmatige activiteiten, maar hebben betrekking op specifiek omschreven diensten (artikel 1 Wwft). Zo is de Wwft op het notariaat en de advocatuur van toepassing, voor zover advies wordt gegeven of bijstand wordt verleend bij:

a. het aan- of verkopen van registergoederen;
b. het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden;
c. het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in artikel 2 lid 1 Awr;
d. het geheel of gedeeltelijk aan- of verkopen dan wel overnemen van een onderneming voor zover daardoor een persoon die niet als uiteindelijke belanghebbende van de onderneming kwalificerende, uiteindelijk de belanghebbende van die onderneming wordt;
e. werkzaamheden op fiscaal gebied die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van externe registeraccountants, externe accountants-administratieconsulenten of belastingadviseurs;
f. het vestigen van een recht van hypotheek op een registergoed.

103 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 3.
104 Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.
105 Ten aanzien van trustkantoren en taxateurs in onroerende zaken is het verplichte cliëntenonderzoek bijvoorbeeld niet van toepassing (artikel 3 lid 7 Wwft).

Op de makelaardij is de Wwft van toepassing voor zover de makelaar bemiddelt bij het tot stand brengen en het sluiten van overeenkomsten inzake onroerende zaken en rechten waaraan onroerende zaken zijn onderworpen. De Wwft is van toepassing op belastingadviseurs ten aanzien van beroepsmatige activiteiten, behalve eenvoudige IB-aangiften en aangiften in het kader van de Successiewet 1956.

Het verplicht te verrichten cliëntenonderzoek dient de instelling in staat te stellen om enerzijds de cliënt en anderzijds de uiteindelijke belanghebbende van de cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren. Indien de cliënt een rechtspersoon is, dient de instelling tevens op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen teneinde inzicht te verkrijgen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de rechtspersoon.[106] In artikel 1 lid 1 sub f Wwft is vastgelegd wie de uiteindelijke belanghebbende (oftewel 'Ultimate Beneficial Owner' of UBO) is. In geval de cliënt een BV is, zal de uiteindelijk belanghebbende ervan de natuurlijk persoon zijn die 1) ofwel een belang van meer dan 25% houdt in het kapitaal van de BV, 2) ofwel meer dan 25% van de stemrechten kan uitoefenen in de algemene vergadering van de BV ofwel 3) feitelijk de zeggenschap kan uitoefenen in de BV. In de praktijk zal de UBO van een BV dus veelal een aandeelhouder zijn.

Diverse instellingen verrichten activiteiten waarbij op grond van de Wwft een cliëntenonderzoek uitgevoerd moet worden. De activiteiten zijn vaak niet 'instelling-specifiek'. Met andere woorden: verschillende instellingen kunnen soortgelijke of aanverwante diensten verlenen. Voor de notaris zal het verrichten van een dergelijk onderzoek na invoering van het centraal aandeelhoudersregister in grote mate worden vergemakkelijkt. Door het simpelweg raadplegen van genoemd register verkrijgt de notaris toegang tot de meest relevante aandeelhoudersgegevens. Ondanks dat andere Wwft-instellingen een soortgelijk cliëntenonderzoek moeten uitvoeren als een notaris, is de minister niet voornemens om ook hen toegang tot het centraal aandeelhoudersregister te verlenen.

Alle overige Wwft-instellingen zullen het moeten doen met minder geschikte middelen, zoals het gebrekkige aandeelhoudersregister van artikel 2:194 BW, het ontoereikende handelsregister, het bevragen van derden en het raadplegen van het internet.[107]

De vraag rijst of de Nederlandse overheid daarmee materieel wel voldoende handvaten biedt voor een adequate uitvoering en naleving van de Wwft. Als de Nederlandse overheid van mening is dat de uit de Wwft voortvloeiende verplichtingen ook adequaat kunnen worden uitgevoerd zonder toegang tot het centraal aandeelhoudersregister, dringt de vraag zich op wat de toegevoegde waarde van dat register is. Samen met Vlaanderen ga ik ervan uit dat – zeker wanneer de eerder genoemde 'UBO-kenplicht' niet wordt doorgevoerd – het voorgestelde register van toegevoegde waarde

106 Zie artikel 3 lid 1 en 2 Wwft.

107 Zie bijvoorbeeld de handleiding voor advocaten voor de naleving van de verplichtingen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) d.d. maart 2013.

is voor de transparantie van het Nederlandse rechtsverkeer. Onzes inziens is er echter geen legitieme reden om met betrekking tot Wwft-instellingen de toegang tot het register te beperken tot uitsluitend het notariaat. Waarom wordt bijvoorbeeld aan advocaten – die soms dezelfde diensten verrichten (men denke aan de overdracht van aandelen) – de toegang tot het register onthouden? Beide beroepsgroepen hebben dezelfde Wwft-verplichtingen. Net als het notariaat, is ook de advocatuur als beroepsgroep onderworpen aan een wettelijke geheimhoudingsplicht. Als gevolg daarvan bestaat er naar onze mening geen gegronde reden om de advocatuur de toegang te onthouden vanwege de door de minister geopperde privacy-overwegingen. Hetzelfde geldt mijns inziens ook voor accountants. Vlaanderen en ik bevelen dan ook aan het centraal aandeelhoudersregister ook toegankelijk te maken voor Wwft-instellingen die zijn onderworpen aan een wettelijke geheimhoudingsplicht.[108] Onze aanbeveling is overigens ook overgenomen door Tweede Kamerleden Gesthuizen en Merkies.[109]

11.4.2 Het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht

Zoals reeds beschreven, rust het door de minister geïnitieerde wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht op drie pijlers, te weten: de modernisering van het faillissementsrecht, de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. Volgens de minister is een herziening nodig, omdat zoveel mogelijk dient te worden voorkomen dat het wettelijk kader ertoe leidt dat ondernemingen onnodig in faillissement geraken, met alle sociale en economische gevolgen van dien voor zowel de failliet als zijn werknemers en crediteuren. Bovendien dient vermeden te worden dat ondernemingen zich louter met het oog hierop elders in de Europese Unie gaan vestigen.[110]

Het doel dat de minister voor ogen heeft bij de modernisering van het faillissementsrecht is het in lijn brengen van de Faillissementswet met de technische ontwikkelingen, het mogelijk maken van meer maatwerk bij de afwikkeling van een faillissement en het verbreden van de kennisopbouw bij de rechterlijke macht. Daarbij wil de minister dat '*het elektronisch berichtenverkeer en de mogelijkheden van internet beter kunnen worden benut, een onafhankelijke Insolventieraad instellen voor de beleids- en wetgevingsadvisering, de rechter meer mogelijkheden geven om bij een faillietverklaring in zwaarwegende omstandigheden voorzieningen te treffen voor meer flexibiliteit bij de afwikkeling van een faillissement en de kennisopbouw bij de rechterlijke macht bevorderen door de instelling van een gespecialiseerde insolventierechter*'.[111] Het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedures

108 Renssen & Vlaanderen 2014, p. 714-717.
109 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 095, nr. 2 (Initiatiefnota).
110 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1.
111 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 2

is momenteel in voorbereiding.[112] Naar verwachting zal uiterlijk in het najaar van 2015 een voorontwerp in consultatie gaan.[113]

De pijler versterking van het reorganiserend vermogen bestaat uit het reeds ingediende wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I betreffende de pre-pack,[114] het voorontwerp wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen II betreffende het buitengerechtelijk dwangakkoord[115] en het nog op te stellen wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen III betreffende de doorstart in het faillissement.[116] Deze tweede pijler strekt ertoe te voorkomen '*dat bedrijven onnodig failliet kunnen gaan doordat een minderheid van crediteuren een doorstart kan blokkeren, het vinden van oplossingen buiten faillissement makkelijker te maken en de faillissementsprocedure zelf te vereenvoudigen*'.[117]

Met de Wet Continuïteit Ondernemingen I wordt in de Faillissementswet een bepalingen opgenomen op grond waarvan de rechtbank in de aanloop naar een vermoedelijk faillissement of een waarschijnlijke verlening van surseance van betaling een beoogd curator dan wel een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris kan aanwijzen zonder dat aan die aanwijzing publiciteit wordt gegeven, ook wel de pre-pack genoemd. Het onderliggend doel bij de invoering van de pre-pack is tweeledig: '*Enerzijds beoogt zij de gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds is zij erop gericht om – waar dit mogelijk blijkt – de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator.*'[118]

112 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 695, nr. 5, p. 6.

113 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 7 juli 2015 betreffende de voortgang van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht (kenmerk 661411), p. 4.

114 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 2 (Voorstel van Wet).

115 Voorontwerp voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II).

116 In dit kader heeft de minister besloten het WOCD een onderzoek te laten verrichten, waarmee hij meer inzicht hoopt te verkrijgen in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop wordt gepoogd financieel noodlijdende ondernemingen te reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft (gehad) voor de betrokkenen. De resultaten van dit onderzoek worden naar verwachting in het vierde kwartaal van 2015 aangeleverd, als gevolg waarvan de minister heeft besloten dit wetgevingstraject voorlopig aan te houden. Zie Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 7 juli 2015 betreffende de voortgang van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht (kenmerk 661411), p. 3.

117 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

118 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (MvT).

Met de Wet Continuïteit Ondernemingen II wordt beoogd een bepaling op te nemen in de Faillissementwet ten behoeve van de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement. De voorgestelde Wet Continuïteit Ondernemingen II maakt mogelijk '*dat de herstructurering van problematische schulden kan plaatsvinden op basis van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders inhoudend dat de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd. Indien het akkoord door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, kunnen schuldeisers en aandeelhouders die zich er op onredelijke gronden tegen verzetten tot medewerking worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring van het akkoord door de rechter*'. Beoogd wordt '*het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren, te bespoedigen en met zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden gepaard te doen gaan alsmede de werkgelegenheid voor in de onderneming werkzame personen zoveel mogelijk te behouden*'.[119]

Met de Wet Continuïteit Ondernemingen III wordt beoogd de voorzetting van de onderneming gedurende het faillissement te faciliteren, zodat de curator in de gelegenheid wordt gesteld het faillissement goed af te wikkelen en bovendien de kansen op een doorstart van de onderneming (of onderdelen daarvan) vanuit het faillissement worden vergroot.[120] Het voorontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III is thans nog in voorbereiding. In afwachting van een onderzoek naar de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop wordt gepoogd financieel noodlijdende ondernemingen te reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft voor de betrokkenen, heeft de minister besloten dit wetgevingstraject voorlopig aan te houden.[121]

Onder de pijler fraudebestrijding vallen de navolgende wetsvoorstellen; de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod,[122] de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht[123] en de invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator.[124]

---

119 Memorie van Toelichting Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II).

120 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 695, nr. 5, p. 5.

121 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 7 juli 2015 betreffende de voortgang van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht (kenmerk 661411), p. 3.

122 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 2 (Voorstel van Wet).

123 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet).

124 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 2 (Voorstel van Wet).

Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod beoogt het mogelijk te maken om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het doel is dan ook *om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten.*[125]

Voorgesteld wordt om in de Faillissementswet de artikelen 106a tot en met 106d Fw op te nemen. In artikel 106a lid 1 Fw wordt het bestuursverbod opgenomen. Op verzoek van het OM of op vordering van de curator kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder van een rechtspersoon in vijf specifieke situaties: (i) de bestuurder is veroordeeld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:138/248 BW, (ii) de bestuurder heeft doelbewust paulianeuze rechtshandelingen verricht waardoor de schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en welke rechtshandelingen op grond van artikel 42 of 47 Fw zijn vernietigd, (iii) de bestuurder is – ondanks een verzoek van de curator – ernstig tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingverplichtingen jegens de curator, (iv) de bestuurder is ten minste tweemaal eerder betrokken geweest bij een faillissement van een rechtspersoon waarvan hem een persoonlijk verwijt treft en/of (v) aan de bestuurder of de rechtspersoon is een boete opgelegd wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f AWR.[126] Het civielrechtelijk bestuursverbod kan ingevolge het voorgestelde artikel 106b lid 1 Fw voor maximaal vijf jaren worden opgelegd.

Het wetsvoorstel betreffende de herziening strafbaarstelling van faillissementsfraude beoogt enerzijds de strafrechtelijke bepalingen inzake faillissementsfraude te moderniseren, aangezien deze complex en verouderd zijn. Anderzijds beoogt het wetsvoorstel het wettelijk instrumentarium aan te vullen, zodat de effectiviteit van de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude wordt vergroot.[127] In dat kader wordt voorgesteld de strafrechtelijke bepalingen inzake de volgende delicten aan te passen; schending van de inlichtingenplicht van de failliet jegens de curator (artikel 194 Sr nieuw), eenvoudige bankbreuk (artikel 340 en 342 Sr nieuw), bedrieglijke bankbreuk (artikel 341 en 343 Sr nieuw), het onttrekken van goederen tijdens het

125 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3 (MvT), p. 1.

126 Artikel 67d AWR ziet op het opzettelijk niet, onjuist of onvolledig doen van de aangifte bij een aanslagbelasting. Artikel 67e AWR ziet op de situatie waarin het, met betrekking tot een aanslagbelasting aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat de aanslag tot een te laat bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven. Artikel 67f AWR ziet op de situatie waarin het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat belasting die op aangifte moet worden voldaan of worden afgedragen niet, gedeeltelijk niet, dan wel niet binnen de gestelde termijn is voldaan.

127 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3 (MvT), p. 1-2.

faillissement door een derde (artikel 344 Sr), schending van de afgifteplicht van de failliet jegens de curator (artikel 344a Sr nieuw), schending van de administratie- en/of bewaarplicht (artikel 344b Sr nieuw) en laakbaar handelen onafhankelijk van een faillissement (artikel 347 Fw nieuw).[128]

Met het wetsvoorstel versterking positie curator wordt de fraudesignalerende rol van de curator gecodificeerd en versterkt. Daartoe voorziet het wetsvoorstel in onder andere de volgende maatregelen: een wettelijke plicht voor de curator om in faillissementen te bezien of sprake is van eventuele onregelmatigheden, een meldingsplicht op grond waarvan de curator in voorkomende gevallen aan de rechter-commissaris melding doet van de onregelmatigheden, waarna de rechter-commissaris een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten en een plicht voor de curator tot vermelding in het faillissementsverslag van de wijze waarop hij zich van zijn fraudebestrijdende taak heeft gekweten. Bovendien worden de medewerkings- en informatieverplichtingen van de failliet jegens de curator uitgebreider en duidelijker gecodificeerd.

Ondanks dat het wetsvoorstel voorziet in een 'nieuwe' fraudebestrijdende taak voor de curator, laat het voorstel de kerntaak van de curator onverlet: '*de curator is en blijft vooral vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren*'. Volgens de memorie van toelichting ligt de voorgestelde fraudebestrijdende taak zelfs in het 'logische' verlengde van de primaire taak van de curator om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen.[129]

11.5 De relatie tussen de turboliquidatie en BV-fraude

In de inleiding van dit onderzoek wierp ik de vraag op of de huidige wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie als ontbindingswijze van een BV de weg naar frauduleuze constructies niet eenvoudig begaanbaar maakt. Deze vraagstelling heeft centraal gestaan gedurende het onderzoek en hierop zal in de conclusie een antwoord worden geformuleerd. Teneinde een antwoord op deze onderzoeksvraag te kunnen formuleren, zal in deze paragraaf de relatie tussen de turboliquidatie en fraude centraal staan.

De algemene opvatting is dat de turboliquidatie een goedkope en snelle ontbindingswijze is. Voor wat betreft BV's wordt hier dan ook regelmatig gebruik van gemaakt. Echter, juist vanwege deze voordelen, zal het bestuur van een BV, wanneer het voornemen bestaat om tot ontbinding over te gaan, ervoor proberen te zorgen dat er geen

128 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet).
129 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 1-2.

baten meer binnen de BV bestaan. Dit toewerken naar een turboliquidatie leidt geregeld tot frauduleuze handelingen, hetgeen benadeling van schuldeisers en onbehoorlijk bestuur tot gevolg heeft. Bovendien doet zich een merkwaardigheid voor wanneer de BV wordt turbogeliquideerd. Deze turboliquidatie wordt behalve in het handelsregister nergens anders openbaar gemaakt. Hierdoor raken schuldeisers veelal niet of jaren later bekend met het feit dat de BV is opgehouden te bestaan.

In hoofdstuk 6 stond het vraagstuk naar het constateringsbevoegde orgaan – zijnde het bestuur – centraal. Uit jurisprudentie volgt dat het oordeel van het bestuur omtrent het al dan niet bestaan van baten tijdens ontbinding voldoende is en dat het bestuur hierover geen verantwoording behoeft af te leggen jegens de schuldeisers.[130] Verondersteld wordt dat schuldeisers voldoende worden beschermd doordat zij, indien de vereffening ten onrechte achterwege is gebleven, de BV kunnen laten herleven op grond van artikel 2:23c lid 1 BW.[131] Naar mijn mening biedt deze herlevingsmogelijkheid echter niet voldoende bescherming. Wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft op grond van artikel 2:23c lid 1 BW, wordt deze herleving ingeschreven in het handelsregister noch elders gepubliceerd. Dit heeft tot gevolg dat andere schuldeisers dan de schuldeiser die om heropening heeft verzocht, veelal niet bekend zijn met de herleving en dus de mogelijkheid de BV in rechte te betrekken. Bovendien draagt de schuldeiser de bewijslast in de procedure van artikel 2:23c lid 1 BW. Hij zal dus het bestaan van een bate dienen aan te tonen. Een moeilijkheid hierbij is het feit dat over het laatste verkorte boekjaar geen jaarrekening hoeft te worden gepubliceerd en dat de schuldeiser geen toegang heeft tot de administratie van de BV. Deze omstandigheden leiden ertoe dat het niet altijd even eenvoudig is een turbogeliquideerde BV te laten herleven. Wanneer een BV niet herleeft, is dit voordelig voor fraudeurs. Zij kunnen als bestuurders van een niet langer bestaande BV immers in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld en paulianeus verrichte rechtshandelingen kunnen niet worden vernietigd.

Een andere omstandigheid die het misbruik van turboliquidaties vergroot, is de sterke focus van de overheid gericht op de bestrijding van faillissementsfraude. Wanneer alleen faillissementsfraude harder wordt aangepakt, zullen BV-fraudeurs geneigd zijn ervoor te zorgen dat hun BV's niet in faillissement geraken. De turboliquidatie vormt dan een aantrekkelijk alternatief om ervoor te zorgen dat de BV's verdwijnen. Een en ander wordt versterkt door een door de rechtbank Rotterdam en de rechtbank 's-Gravenhage gevolgde lijn: wanneer een BV over slechts schulden en geen (tot te verwaarlozen) baten beschikt, levert aangifte tot faillietverklaring misbruik van bevoegdheid op.[132] De BV dient te worden ontbonden via de reguliere weg (hetgeen slechts een schijnalternatief is, zie paragraaf 5.3.1) of via de turboliquidatie. De weg naar frauduleuze constructies wordt daarmee goed toegankelijk

130 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maeijer, r.o. 4.3. (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*) en Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).

131 Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32 (wenk).

132 Zie paragraaf 5.3.

gemaakt: fraudeurs hoeven slechts de baten uit de BV weg te sluizen, eventueel in combinatie met verdere opbouw van schulden, waarna een faillissement met het risico op bestuurdersaansprakelijkheid wordt vermeden. Mijns inziens dient de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW daarom zo te worden geïnterpreteerd dat BV's die over schulden beschikken, niet via een turboliquidatie mogen worden ontbonden.

11.6 Samenvatting en conclusie

Ondanks de omvangrijke antimisbruikwetgeving, zijn de cijfers op het gebied van faillissementsfraude niet gering. Vanuit de Nederlandse overheid zijn er verschillende voorstellen geïnitieerd, waarbij fraudebestrijding het speerpunt is. De focus van deze initiatieven ziet echter op de bestrijding van faillissementsfraude, waardoor te verwachten is dat fraudeurs er juist voor zullen zorgen dat de BV's waarmee/van misbruik wordt gemaakt, niet in faillissement geraken. De wetgever lijkt fraudeurs hiertoe een mogelijkheid te bieden in artikel 2:19 lid 4 BW.

Gelet op deze ongewenste effecten van enerzijds de focus op bestrijding van faillissementsfraude en anderzijds de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW, zullen in hoofdstuk 14 een aantal aanbevelingen worden gedaan.

Hoofdstuk 12

SAMENVATTING

Misbruik van vennootschappen; een actueel probleem. De vele berichten in de pers over fraude met BV's ontgaan de Nederlandse overheid niet; in de afgelopen jaren hebben de minister en Tweede Kamerleden Groot en Recourt verschillende initiatieven genomen tot aanpassing van de huidige wetgeving ter bestrijding en voorkoming van frauduleuze constructies met BV's. Opvallend is dat de hedendaagse fraudebestrijdingsmaatregelen – geïnitieerd door de overheid – zich grotendeels richten op faillissementsfraude. Daarnaast wordt er enige aandacht besteed aan de rol van de notaris bij de bestrijding hiervan. Dat de overheid zich hoofdzakelijk focust op het bestrijden van faillissementsfraude is niet geheel onbegrijpelijk. Uit de meest recente cijfers (2010) van het CBS volgt dat in dat jaar in faillissementen van ondernemingen in totaal bijna 4 miljard euro aan onbetaald gelaten schulden overbleef, waarvan bijna 700 miljoen voortkwam uit frauduleuze faillissementen. Alhoewel de aanpak van faillissementsfraude – gelet op de aanzienlijke geldbedragen die daarmee gepaard gaan – zeer toe te juichen is, kunnen bij deze benadering van de overheid een aantal kritische vraagtekens worden geplaatst. Leidt deze gerichte aanpak van faillissementsfraude niet juist tot een ongewenst resultaat? Hebben de maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude niet meer frauduleuze constructies tot gevolg waarbij fraudeurs er juist voor zorgen dat de BV's niet failleren?

De turboliquidatie als ontbindingswijze blijkt aan fraudeurs een gelegenheid tot beperking van persoonlijke risico's te bieden. Artikel 2:19 lid 4 BW biedt de mogelijkheid een BV te ontbinden zonder vereffeningsprocedure te volgen wanneer er ten tijde van de ontbinding geen baten meer bestaan. Direct nadat het bestuur opgaaf van ontbinding heeft gedaan bij de Kamer van Koophandel, houdt de BV op te bestaan. Aangezien geen vereffeningsprocedure hoeft te worden gevolgd, wordt de turboliquidatie gezien als een goedkope en snelle wijze van ontbinding van een BV. De vraag rijst echter of deze vooronderstelling juist is. Uit dit onderzoek is het tegenovergestelde gebleken: de turboliquidatie is helemaal niet zo eenvoudig als men het veelal doet voorkomen. Integendeel, teneinde tot een weloverwogen besluit tot het al dan niet laten turboliquideren van een BV te komen, is gedegen juridische kennis vereist.

Ondanks dat artikel 2:19 lid 4 BW veelvuldig wordt toegepast in de praktijk, concludeer ik dat bepaalde aspecten van de inhoud en de uitwerking van de bepaling niet goed doordacht zijn. De wetsgeschiedenis van de turboliquidatie verklaart de ondoordachtheid van artikel 2:19 lid 4 BW enigszins: in de parlementaire stukken wordt nauwelijks gesproken over de turboliquidatie.

Als gevolg van de misvatting dat de turboliquidatie snel en goedkoop is en de haken en ogen die aan deze ontbindingswijze zijn verbonden in combinatie met de strengere aanpak van faillissementsfraude, blijkt de turboliquidatie een uitweg te bieden aan BV-fraudeurs. Dat de turboliquidatie frauduleuze constructies met BV's vereenvoudigt, is minstens curieus te noemen, aangezien één van de onderliggende gedachten bij het wetsvoorstel waarmede artikel 2:19 lid 4 BW in het leven werd geroepen, de bestrijding van misbruik van lege vennootschappen was.

Naar aanleiding van hetgeen hierboven uiteengezet is, rijst een aantal belangrijke vragen:

1. Is de turboliquidatie als ontbindingswijze wel zo eenvoudig als algemeen wordt verondersteld?
2. Is het huidige artikel 2:19 lid 4 BW een voldragen regeling?
3. Opent de huidige wettelijke regeling omtrent turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk niet juist meer mogelijkheden voor BV-fraudeurs?
4. Indien het antwoord op de voorgaande onderzoeksvraag bevestigend luidt; op welke wijze kan de wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie zodanig worden gewijzigd dat frauduleuze constructies met BV's zoveel mogelijk worden voorkomen?

Op deze vragen wordt in het volgende hoofdstuk antwoord gegeven.

Hoofdstuk 13

CONCLUSIE

13.1 Is de turboliquidatie als ontbindingswijze wel zo eenvoudig als algemeen wordt verondersteld?

Waar de turboliquidatie op het eerste gezicht een eenvoudig, snelle en goedkope ontbindingswijze van BV's lijkt, volgt uit dit onderzoek dat er belangrijke nadelen aan de regeling is verbonden. Aan de regeling kleven namelijk gebreken. Bovendien bestaat op dit gebied een aantal leemten in de wet. Daarnaast zijn in de jurisprudentie en literatuur meerdere misverstanden ontstaan. Mijns inziens is de gebrekkige wettekst over de turboliquidatie mede het gevolg van het feit dat de mogelijkheid tot turboliquidatie door de wetgever gelijktijdig met de mogelijkheid tot ontbinding door de Kamer van Koophandel ex artikel 2:19a BW is ingevoerd. Omdat de focus van het wetsvoorstel, waarbij deze mogelijkheden zijn ingevoerd, lag op de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding door de Kamer van Koophandel, wordt in de parlementaire stukken bij dit wetsvoorstel nauwelijks gesproken over de turboliquidatie. Hieruit blijkt dat de wettelijke regeling omtrent turboliquidatie niet goed doordacht is.

13.1.1 Het beslissingsbevoegde orgaan inzake de turboliquidatie

De eerste problematiek ontstaat reeds in een stadium voorafgaand aan de turboliquidatie. Alvorens een turboliquidatie plaats kan vinden, zal in de regel allereerst een ontbindingsbesluit door de algemene vergadering ex artikel 2:19 lid 1 sub a BW dienen te worden genomen. Naast dit besluit zal ook een constatering dienen te worden gedaan; de constatering dat de BV ten tijde van ontbinding geen baten meer heeft. In de wet ontbreekt echter een expliciete bevoegdheidsgrondslag hiervoor. In de jurisprudentie en literatuur wordt aangenomen dat het bestuur hiertoe bevoegd is. Bovendien volgt uit jurisprudentie dat het oordeel van het bestuur voldoende is om tot turboliquidatie over te kunnen gaan en dat het bestuur hieromtrent geen verantwoording hoeft af te leggen tegenover de schuldeisers van de BV. Verondersteld wordt dat de schuldeisers al voldoende beschermd worden tegen onterechte (veelal frauduleuze) turboliquidaties, doordat zij op grond van artikel 2:23c lid 1 BW de BV kunnen laten herleven.

Geconcludeerd kan echter worden dat de schuldeisers door de mogelijkheid die artikel 2:23c lid 1 BW hen biedt niet voldoende beschermd worden en wel om de volgende zeven redenen:

i. Het is voor een schuldeiser moeilijk te achterhalen of er baten zijn binnen de BV en het bestaan hiervan aan te tonen. Over het laatste verkorte boekjaar van een turbogeliquideerde BV hoeft immers geen jaarrekening te worden opgemaakt en de schuldeiser heeft niet de mogelijkheid om de administratie van de BV te raadplegen op grond van artikel 2:24 lid 4 BW.
ii. Het starten van een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW brengt uiteraard kosten met zich mee, terwijl niet zeker is dat deze worden gerecupereerd.
iii. Het starten van een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW kost veel tijd.
iv. Een turboliquidatie vindt plaats zonder dat de wettelijke vereffeningsprocedure wordt gevolgd, als gevolg waarvan dit feit – behalve in het handelsregister – niet wordt gepubliceerd. Hierdoor zijn schuldeisers niet bekend met de turboliquidatie van de BV.
v. Wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft ex artikel 2:23c lid 1 BW, wordt deze herleving niet ingeschreven in het handelsregister of anderszins gepubliceerd. Hierdoor zijn de schuldeisers – die de procedure niet hebben gestart – niet op de hoogte van de herleving en daarmee de mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken.
vi. Bovendien leiden de aantrekkelijke aspecten, kosteloosheid en eenvoud, verbonden aan de procedure, waarmee een BV via een turboliquidatie kan worden ontbonden er toe dat de kans dat het bestuur frauduleus naar een turboliquidatie toewerkt, wordt vergroot.
vii. Ook de verhouding tussen de aandeelhouders en het bestuur wordt – doordat het bestuur constateringsbevoegd is – verstoord. Omdat de constatering de ontbinding van de BV zonder vereffeningsprocedure tot gevolg heeft, kan mijns inziens worden betoogd dat het aan de aandeelhouders zou moeten zijn de constatering te doen, althans hierbij betrokken te zijn.

13.1.2 Het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding

Uit de tekst van artikel 2:19 lid 4 BW lijkt te volgen dat aan de turboliquidatie slechts één voorwaarde wordt gesteld: ten tijde van de ontbinding mogen er binnen de BV geen baten bestaan. Het is niet altijd duidelijk hoe het begrip baten in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW dient te worden uitgelegd. Zo is de in de jurisprudentie ontwikkelde visie dat een mogelijk positief nominaal aandelenkapitaal en een belastinglatentie als baten een turboliquidatie kunnen bemoeilijken mijns inziens onjuist.

13.1.3 De betekenis van het herlevingsfenomeen

Wanneer achteraf blijkt dat een turboliquidatie onterecht heeft plaatsgevonden of achteraf van het bestaan van een bate blijkt, kan de BV herleven door middel van heropening van de vereffening. De wetgever hanteert ten aanzien hiervan in artikel 2:19 lid 5 BW en 2:23c lid 1 BW de termen *'houdt op te bestaan'* en *'herleeft'*. Wanneer deze termen letterlijk worden geïnterpreteerd, heeft dit tot gevolg dat de BV in de tussentijd niet bestaat. Echter, vanwege de rechtszekerheid, derdenbescherming en de proceseconomie vindt een herleving mijns inziens plaats met terugwerkende kracht, zodat de BV moet worden geacht ook in de tussentijd als zodanig te hebben bestaan. Bovendien blijkt de terugwerkende kracht van de herleving van een turbogeliquideerde BV uit artikel 2:23c lid 2 BW, waarin is bepaald dat de verjaringstermijn van een vordering van of tegen de BV wordt verlengd gedurende de periode dat de BV heeft opgehouden te bestaan.

13.1.4 De frictie tussen de artikelen 2:19 lid 4, lid 5 en 2:23c lid 1 BW

Wanneer ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie ontstaat een opmerkelijke situatie. Dan zijn namelijk zowel het vierde als het vijfde lid van artikel 2:19 BW van toepassing, hetgeen ertoe leidt dat de BV is opgehouden te bestaan, maar toch blijft voortbestaan. Dit is aan innerlijke tegenstrijdigheid onderhevig en doet voor de schuldeisers van de BV een belangrijke vraag rijzen: dienen zij een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW in te stellen teneinde de BV te laten herleven en in rechte te kunnen betrekken of is dit niet vereist, omdat de BV ex artikel 2:19 lid 5 BW is blijven voortbestaan?

In de jurisprudentie en literatuur zijn aangaande dit probleemstuk twee visies waarneembaar. In de eerste visie prevaleert het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW boven artikel 2:23c lid 1 BW (de *essentia-leer*), waaraan het nadeel van rechtsonzekerheid kleeft. In de tweede visie prevaleert het bepaalde in artikel 2:23c lid 1 BW boven artikel 2:19 lid 5 BW (de *resuscito-leer*), waarbij de schuldeisers als het ware worden benadeeld ten opzichte van het bestuur van de BV.

Mijns inziens is de oplossing voor de innerlijke tegenstrijdigheid van de artikelen 2:19 lid 5 BW en 2:19 lid 4 jo. 2:23c lid 1 BW gelegen in een middenweg (de *solutio-leer*), waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het bestuur niet bekend was en redelijkerwijs niet bekend had behoren te zijn met de ten tijde van ontbinding bestaande bate en anderzijds de situatie waarin het bestuur hiermee wel bekend was of redelijkerwijs had behoren te zijn.

In de eerste situatie zal de *resuscito-leer* prevaleren, waardoor de BV wordt geacht niet meer te bestaan en de enige mogelijkheid tot herleving is gelegen in een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW. In de tweede situatie zal de *essentia-leer* prevaleren, waardoor de BV nooit heeft opgehouden te bestaan.

Door deze middenweg wordt een balans gevonden tussen enerzijds het bieden van rechtszekerheid en anderzijds de bescherming van schuldeisers.

13.1.5 De heropening van de vereffening door middel van een faillissementsaanvrage

Onduidelijkheden van geheel andere aard ontstaan door een door de Hoge Raad gewezen arrest, waarin werd overwogen dat wanneer summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn en bovendien aan de 'overige vereisten' voor faillissement is voldaan, de rechter het faillissement uit kan spreken en de BV moet worden geacht ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven voortbestaan.

Met deze uitspraak kent de Hoge Raad dus geen limitatieve werking toe aan artikel 2:23c lid 1 BW, terwijl uit de wettekst het tegenovergestelde volgt. Tevens is een limitatieve werking van artikel 2:23c lid 1 BW met het oog op rechtszekerheid gewenst.

Bovendien merkt de Hoge Raad het *'summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn'* als een voorwaarde voor het faillissement aan, terwijl deze voorwaarde noch in de wettekst noch in de jurisprudentie aan het faillissement wordt gesteld.

13.1.6 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW

Wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft, ontstaat voor bestuurders het risico tot persoonlijke aansprakelijkheid. Artikel 2:9 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV een opmerkelijke 'dubbelrol'. Enerzijds kan artikel 2:9 BW worden aangemerkt als de oorzaak van de herleving. De vordering op grond van artikel 2:9 BW wordt in de literatuur aangemerkt als bate, op grond waarvan de turbogeliquideerde BV kan herleven of failliet geraken. Dat de vordering van artikel 2:9 BW een bate oplevert in de zin van artikel 2:23c lid 1 BW is ook logisch, nu het een vordering van de BV zelf betreft. Dit heeft tot gevolg dat wanneer een vordering op grond van artikel 2:9 BW wordt toegewezen, vermogen in de BV terecht komt, hetgeen ter vereffening in aanmerking komt.

Anderzijds kan de aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW worden gezien als een gevolg van de herleving. Zonder herleving zou de BV immers niet bestaan en zou de bestuurder van een BV ook niet aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Een goed voorbeeld van een situatie waarin artikel 2:9 BW een belangrijke rol kan spelen, is die waarin de algemene vergadering besluit tot ontbinding op grond van door het bestuur moedwillig onjuist gegeven financiële informatie.

13.1.7 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:216 lid 3 BW

Omdat de aansprakelijkheidsgrond van artikel 2:216 lid 3 BW van interne aard is en de vordering dus slechts door de BV zelf kan worden ingeroepen, ben ik van mening dat een dergelijke vordering een bate oplevert op grond waarvan een turbogeliquideerde

BV kan herleven. De vergoeding voortvloeiend uit deze aansprakelijkheidsgrond valt immers in het vermogen van de BV, hetgeen ter vereffening kan worden aangewend. Artikel 2:216 lid 3 BW speelt dus eveneens een 'dubbelrol'.

13.1.8 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Artikel 6:162 BW speelt in geval van een herleefde turbogeliquideerde BV niet dezelfde 'dubbelrol' als de artikelen 2:9 en 2:216 lid 3 BW. In tegenstelling tot laatstgenoemde artikelen, kan artikel 6:162 BW niet als oorzaak van de herleving worden gezien, omdat een dergelijke vordering wordt ingesteld door een benadeelde schuldeiser. Wanneer de vordering ex artikel 6:162 BW wordt toegewezen, komt de schadevergoeding die daaruit voortvloeit toe aan de benadeelde schuldeiser. Hierdoor verandert er niets in het vermogen van de BV.

Afhankelijk van de norm op grond waarvan de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden, kan de vordering op grond van artikel 6:162 BW – net als de artikelen 2:9 en 2:216 BW – worden gezien als een gevolg van de herleving.

Opvallend is dat het ten onrechte overgaan tot een turboliquidatie volgens bijvoorbeeld het kantongerecht Terneuzen geen onrechtmatige daad oplevert. Mijns inziens dient hier een onderscheid te worden gemaakt. Enerzijds kan sprake zijn van een situatie waarin het bestuur niet wist en redelijkerwijs niet behoorde te weten dat er ten tijde van ontbinding nog baten bestonden. In deze situatie is inderdaad geen sprake van een onrechtmatige daad: de toerekenbaarheid ontbreekt. Anderzijds kan sprake zijn van een situatie waarin het bestuur wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat er ten tijde van de ontbinding nog baten bestonden. Dan is voldaan aan alle vereisten gesteld aan de onrechtmatige daad en kan het bestuur dus aansprakelijk worden gehouden.

De laatste jaren is een ontwikkeling in de jurisprudentie waarneembaar op grond waarvan sneller wordt geconcludeerd tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW in geval van onterecht turbogeliquideerde BV's. Deze in de jurisprudentie waar te nemen ontwikkeling is mijns inziens positief. Op deze wijze wordt misbruik van de turboliquidatie beknot en worden de belangen van schuldeisers beter beschermd.

13.1.9 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW

De fiscale aansprakelijkheidsgrond ex artikel 36 IW neemt een geheel andere positie in wanneer het de herleving van een turbogeliquideerde BV betreft: herleving is geen voorwaarde voor het kunnen inroepen van de fiscale aansprakelijkheidsgrond. De fiscale aansprakelijkheid van bestuurders is dus noch de oorzaak noch per definitie het gevolg van de herleving. Dit volgt onder andere uit een arrest van de Hoge Raad waarin de bestuurders van een turbogeliquideerde BV aansprakelijk werden gesteld op

grond van artikel 36 IW, terwijl geen heropening van de vereffening had plaatsgevonden. Ondanks dat deze benadering van de Hoge Raad positief bijdraagt aan de proceseconomie, is een wettelijke regeling van deze materie geboden met het oog op rechtszekerheid.

13.1.10 Bestuurdersaansprakelijkheid in concernverhoudingen

Ten aanzien van de aansprakelijkheid in concernverhoudingen kan worden geconcludeerd dat hiervan in geval van een turbogeliquideerde BV sprake kan zijn in de vorm van zuivere alsmede onzuivere aansprakelijkheid. Onder 'zuivere' concernaansprakelijkheid versta ik de situatie waarin de moedervennootschap als bestuurder van een turbogeliquideerde dochtervennootschap aansprakelijk wordt gesteld voor handelingen van de dochtervennootschap. Onder 'onzuivere' concernaansprakelijkheid versta ik de situatie waarin de moedervennootschap als bestuurder van een turbogeliquideerde dochtervennootschap aansprakelijk is voor het verrichten van handelingen in concernverband.

13.1.11 De faillissementspauliana

Wanneer een turbogeliquideerde BV alsnog in faillissement geraakt, gaat de faillissementspauliana een eigenaardige rol spelen. De faillissementspauliana kan dan namelijk enerzijds de oorzaak zijn van de faillietverklaring, nu wordt aangenomen dat de vernietiging van een paulianeuze handeling een bate oplevert ten gunste van de schuldeisers van de BV. Anderzijds moet worden geconstateerd dat de faillissementspauliana kan worden gezien als het gevolg van de faillietverklaring, nu de daadwerkelijke vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling op grond van artikel 42 e.v. Fw slechts na het uitspreken van het faillissement kan plaatsvinden.

13.1.12 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW

Artikel 2:248 BW speelt dezelfde opvallende rol als de faillissementspauliana; ook dit artikel kan worden beschouwd als zowel de oorzaak als het gevolg van de faillietverklaring van de turbogeliquideerde BV. In jurisprudentie en literatuur zijn tegenstanders te vinden van mijn opvatting dat artikel 2:248 BW een bate is op grond waarvan een turbogeliquideerde BV kan herleven. Ik ben deze mening toegedaan, omdat dit met het oog op de proceseconomie en derdenbescherming wenselijk is, aangezien in een situatie waarbij sprake is van een bate bestaande uit een mogelijke vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW, de schuldeiser anders geen mogelijkheid zou hebben om een dergelijke vordering te innen.

Het bestuur dient naar mijn mening een jaarrekening op te maken over het laatste verkorte boekjaar voor de turboliquidatie van de BV. Voor het bestuur van een BV heeft het opmaken hiervan alleen maar voordelen: er kan decharge worden verleend

in een separaat dechargebesluit en de jaarrekening kan een belangrijke rol spelen wanneer het bestuur in een heropeningsprocedure wordt verweten dat er ten tijde van de ontbinding wel baten aanwezig waren.

Gelet op de onderliggende gedachte bij de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW – dat zonder een dergelijke tijdsbeperking de werking van het artikel te bezwaarlijk zou zijn voor bestuurders – kan worden geconcludeerd dat de driejaarstermijn in het geval sprake is van een frauduleuze constructie waarbij het bestuur bewust heeft gekozen voor een turboliquidatie terwijl er nog baten waren, niet van toepassing dient te zijn.

Juist omdat het overgrote deel van BV's wordt ontbonden via een turboliquidatie, is het cruciaal dat de wettelijke gebreken en leemten in de bestaande regeling door de wetgever worden hersteld en dat de misverstanden, die hieromtrent in de jurisprudentie en literatuur zijn ontstaan, worden weggenomen. Met het oog hierop worden in het volgende hoofdstuk een aantal aanbevelingen gedaan, voor de rechtspraktijk, maar ook tot wijziging van de bestaande wet.

13.2 Is het huidige artikel 2:19 lid 4 BW een voldragen regeling?

Uit onderhavig onderzoek is gebleken dat het huidige artikel 2:19 lid 4 BW geen volledige en juiste basis is voor de turboliquidatie als ontbindingswijze. Uit de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW volgt dat, teneinde een BV te kunnen ontbinden via een turboliquidatie, slechts aan één voorwaarde hoeft te zijn voldaan: het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding. Als gevolg hiervan zou men kunnen concluderen dat het mogelijk is een BV met slechts schulden te ontbinden door middel van een turboliquidatie.

Wanneer de heersende leer is dat een BV zonder baten maar met schulden mag, of zelfs moet, turboliquideren, heeft dit grote gevolgen voor twee groepen belanghebbenden. Allereerst is het zeer aannemelijk dat BV-fraudeurs hiervan zullen profiteren. Indien zij alle baten uit een BV wegsluizen en een grote schuldenpost opbouwen, zullen zij niet langer in faillissement geraken, maar zal de BV goedkoop en snel ontbonden kunnen worden ex artikel 2:19 lid 4 BW. Dit heeft voor fraudeurs verschillende voordelen. Wanneer de BV met een turboliquidatie wordt ontbonden, houdt deze direct op te bestaan; er vindt geen vereffening plaats. Hierdoor wordt geen inzicht verkregen in de administratie en financiën van de BV. Indien de BV niet van een turboliquidatie gebruik zou kunnen maken maar failliet wordt verklaard, ligt dit geheel anders. De curator doet in faillissement onderzoek naar eventuele paulianeuze handelingen, die veelal ten grondslag liggen aan de weg naar de turboliquidatie. Fraudeurs zullen het vermogen van de BV opzettelijk paulianeus onbereikbaar maken voor (bepaalde) schuldeisers, bijvoorbeeld door middel van

selectieve betalingen. Bovendien gaat de curator na of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, waartoe een gerede kans bestaat in geval van een fraudeconstructie. Er kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, waarbij het niet voldoen aan de jaarrekeningenplicht en/of administratieplicht leidt tot de conclusie van onbehoorlijk bestuur. Ook het verzuim tot tijdige aangifte van faillietverklaring kan onbehoorlijk bestuur opleveren. Bovendien kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW, wanneer in de fase voorafgaand aan het ontbindingsbesluit handelingen zijn verricht waardoor de belangen van de schuldeisers zijn verwaarloosd. Ten slotte is denkbaar dat de curator bestuurders aanspreekt op grond van schadeveroorzakend tekortschietend bestuur op grond van artikel 2:9 BW. Mijns inziens worden fraudeurs – wanneer het mogelijk is een BV met schulden te turboliquideren – aangespoord baten uit BV's weg te sluizen, een hoge schuldenpost op te bouwen en de BV te ontbinden ex artikel 2:19 lid 4 BW, waardoor het risico op bestuurdersaansprakelijkheid in sterke mate wordt afgezwakt.

Indien fraudeurs op deze wijze opereren, zijn schuldeisers daar de dupe van. Na de turboliquidatie houdt de BV op te bestaan, waardoor de vorderingen van de schuldeisers onbetaald blijven. De enige mogelijkheid die de schuldeisers rest, is een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW. Schuldeisers worden hierdoor echter niet voldoende beschermd tegen frauduleuze constructies.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de turboliquidatie werd ingevoerd voor situaties waarin vennootschappen ten tijde van ontbinding geen baten hebben. De wet waarmede de mogelijkheid tot turboliquidatie werd ingevoerd, stond in het teken van de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding door de Kamer van Koophandel (artikel 2:19a BW). De onderliggende gedachte van de minister hierbij was (mede) het bestrijden van misbruik van lege BV's.

Over het bestaan van schulden ten tijde van ontbinding wordt niets gezegd. Uit zowel de parlementaire geschiedenis als de letterlijke wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW lijkt dus te volgen dat de turboliquidatie kan worden toegepast wanneer een BV schulden heeft (mits de BV ten tijden van ontbinding geen baten meer heeft). Gelet op de onderliggende gedachte van de minister bij de wetswijziging, is het zeer onwaarschijnlijk dat de wetgever de turboliquidatie heeft ingevoerd voor de situatie waarin een BV slechts schulden heeft ten tijde van ontbinding, zeker gelet op de hierboven geïnventariseerde nadelen van deze benadering. Misbruik van BV's wordt hiermee dus als het ware bevorderd, terwijl de onderliggende gedachte van de minister bij de wetswijziging mede het voorkomen van misbruik van lege BV's was. Mijns inziens is de mogelijkheid tot turboliquidatie dan ook slechts bedoeld voor de situatie waarin een BV baten noch schulden heeft ten tijde van ontbinding.

13.3 Opent de huidige wettelijke regeling omtrent turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk niet juist meer mogelijkheden voor BV-fraudeurs?

Uit onderhavig onderzoek is gebleken dat de huidige wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie en de uitwerking hiervan in de praktijk juist mogelijkheden bieden voor BV-fraudeurs. Aangezien geen vereffeningsprocedure hoeft te worden gevolgd na een ontbinding ex artikel 2:19 lid 4 BW wordt de turboliquidatie gezien als een goedkope en snelle wijze van ontbinding van een BV. Dit is ook de reden waarom de turboliquidatie als ontbindingswijze geregeld wordt geadviseerd. Echter, juist omdat deze ontbindingswijze zo aantrekkelijk lijkt, zal het bestuur alsmede de algemene vergadering van een BV, wanneer het voornemen bestaat om tot ontbinding over te gaan, ervoor proberen te zorgen dat er geen baten meer binnen de BV bestaan. Dit toewerken naar een turboliquidatie leidt geregeld tot frauduleuze handelingen, hetgeen benadeling van schuldeisers en onbehoorlijk bestuur tot gevolg heeft.

Daarnaast is het, wanneer men ervan uit gaat – overeenkomstig de letterlijke tekst van de wet – dat een BV met slechts schulden kan worden ontbonden door middel van een turboliquidatie, aannemelijk dat BV-fraudeurs hiervan zullen profiteren zoals hierboven aangegeven.

Door een BV te laten turboliquideren teneinde een mogelijk faillissement af te wenden, blijven BV-fraudeurs buiten schot voor wat betreft de door de minister voorgenomen maatregelen ter voorkoming van faillissementsfraude, hetgeen mij voorkomt als een ongewenst effect van zijn poging tot fraudebestrijding.

Bovendien is het opmerkelijk dat een turboliquidatie – behalve in het handelsregister – niet bekend wordt gemaakt. Als gevolg hiervan zullen schuldeisers niet steeds bekend zijn met het feit dat de BV is opgehouden te bestaan. In dit kader wijs ik nog op een merkwaardigheid wanneer een turbogeliquideerde BV herleeft; deze herleving behoeft niet te worden ingeschreven in het handelsregister. Dit heeft tot gevolg dat degenen die de procedure tot heropening van de vereffening niet hebben gestart, mogelijk niet op de hoogte zijn van de herleving en dus de mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken, als gevolg waarvan fraudeurs als het ware worden beperkt in hun bestuurdersaansprakelijkheidsrisico's.

13.4 Indien het antwoord op de voorgaande onderzoeksvraag bevestigend luidt; op welke wijze kan de wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie zodanig worden gewijzigd dat frauduleuze constructies met BV's zoveel mogelijk worden voorkomen?

Deze laatste onderzoeksvraag zal worden beantwoord in de vorm van aanbevelingen tot wijziging van de wet (paragraaf 14.2).

Hoofdstuk 14

AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk wordt een aantal aanbevelingen voor de (rechts)praktijk en tot wijziging van de wet gedaan.

14.1 Aanbevelingen voor de (rechts)praktijk

A. Het verrichten van een gedegen onderzoek voorafgaand aan de turboliquidatie

Teneinde een herleving van de turbogeliquideerde BV (en daarmee het risico op persoonlijke aansprakelijkheid) te voorkomen, beveel ik aan dat – alvorens wordt overgegaan tot turboliquidatie – een gedegen onderzoek wordt gedaan naar mogelijk te verwachten baten en reeds bestaande baten binnen de BV. Ten tijde van het ontbindingsbesluit mogen binnen de BV baten noch schulden bestaan, maar ook niet meer worden verwacht op korte termijn.

B. Het opmaken van een jaarrekening of vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening over het laatste verkorte boekjaar

Ook al wordt alvorens over te gaan tot turboliquidatie van een BV een gedegen onderzoek gedaan naar de mogelijk te verwachten baten en reeds bestaande baten binnen die BV, is het niet uitgesloten dat een BV alsnog herleeft doordat achteraf van een bate blijkt. Teneinde het risico op persoonlijke aansprakelijkheid voor de bestuurders en aandeelhouders zoveel mogelijk te beperken, adviseer ik de bestuurders om over het laatste verkorte boekjaar voorafgaand aan de turboliquidatie een jaarrekening dan wel vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening op te maken. Deze documenten kunnen namelijk een belangrijke rol spelen wanneer het bestuur van een turbogeliquideerde BV in een heropeningsprocedure ex artikel 2:23c lid 1 BW wordt verweten dat er ten tijde van de ontbinding wel baten aanwezig waren en dus ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie.

C. De interpretatie van de artikelen 2:19 lid 4, lid 5 en 2:23c lid 1 BW

Wanneer een BV is ontbonden ex artikel 2:19 lid 4 BW terwijl er ten tijde van ontbinding nog baten bestonden, ontstaat een opmerkelijke situatie. Dan zijn namelijk zowel het vierde als het vijfde lid van artikel 2:19 BW van toepassing, hetgeen ertoe leidt dat de BV is opgehouden te bestaan, maar toch blijft voortbestaan. Dit is aan innerlijke tegenstrijdigheid onderhevig en doet voor de schuldeisers van de BV een belangrijke vraag rijzen: dienen zij een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW in te stellen teneinde de BV te laten herleven en in rechte te kunnen betrekken of is dit niet vereist, omdat de BV ex artikel 2:19 lid 5 BW is blijven voortbestaan?

Aangaande dit probleem hebben zich twee visies ontwikkeld. In de eerste visie prevaleert artikel 2:19 lid 5 BW boven artikel 2:23c lid 1 BW (de *essentia-leer*), met als nadeel rechtsonzekerheid. In de tweede visie prevaleert artikel 2:23c lid 1 BW boven artikel 2:19 lid 5 BW (de *resuscito-leer*), waarbij de schuldeisers worden benadeeld.

Mijns inziens is de oplossing van deze problematiek gelegen in een middenweg (de *solutio-leer*), waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het bestuur niet bekend was en redelijkerwijs niet bekend had behoren te zijn met de ten tijde van ontbinding bestaande bate en anderzijds de situatie waarin het bestuur hiermee wel bekend was of redelijkerwijs had moeten zijn.

In de eerste situatie zal de *resuscito-leer* prevaleren, waardoor de BV wordt geacht niet meer te bestaan en de enige mogelijkheid tot herleving is gelegen in een procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW. In de tweede situatie zal de *essentia-leer* prevaleren, waardoor de BV nooit heeft opgehouden te bestaan. Hierdoor wordt een balans gevonden tussen het bieden van rechtszekerheid en de bescherming van schuldeisers. Met het oog hierop beveel ik de *solutio-leer* aan voor wat betreft vraagstukken inzake toepassing van artikel 2:19 lid 5 of artikel 2:23c lid 1 BW wanneer ten onrechte is overgegaan tot turboliquidatie.

14.2 Aanbevelingen tot wijziging van de wet

Teneinde de wettelijke gebreken en leemten zoveel mogelijk te verhelpen en er zorg voor te dragen dat zo min mogelijk misbruik kan worden gemaakt van de turboliquidatie als ontbindingswijze van BV's, beveel ik de volgende wetswijzigingen aan:

A.I. Wijziging van artikel 2:19 lid 4 BW

Wijziging van het thans luidende artikel 2:19 lid 4 BW:

> *'Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.'*

tot:

> *Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten alsmede geen schulden meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.*

A.II. Toelichting

Aan de voorwaarde voor turboliquidatie, zijnde het ontbreken van baten ten tijde van ontbinding, wordt toegevoegd het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding. Thans hoeft volgens de letterlijke tekst van artikel 2:19 lid 4 BW, wanneer ten tijde van ontbinding slechts schulden bestaan, geen vereffening plaats te vinden, als gevolg waarvan artikel 2:23a lid 4 BW niet van toepassing is. Indien een rechtspersoon geen (voorzienbare) baten heeft maar wel schulden, dient aangifte tot faillietverklaring te worden gedaan (dat overigens in de praktijk waarschijnlijk veelal zal worden opgeheven wegens gebrek aan baten). In die situatie zal het optreden van de curator zuiverend werken in gevallen van misbruik van rechtspersonen.

B. Wijzigingen ter waarborging van de bescherming van schuldeisers

Teneinde de bescherming van schuldeisers bij turboliquidaties beter te waarborgen en het evenwicht tussen de aandeelhouders en het bestuur van een BV te herstellen, raad ik de volgende wijzigingen in het bestaande (wets)systeem aan:

i. De aandeelhouders worden betrokken bij de constatering omtrent het al dan niet bestaan van baten ten tijde van de ontbinding. Enerzijds, omdat het een constatering betreft dat als rechtsgevolg heeft dat de BV wordt ontbonden. Anderzijds, omdat een (al dan niet bewust) onjuiste constatering kwalijke gevolgen voor de aandeelhouders tot gevolg kan hebben. Hierbij kan men denken aan het risico tot aandeelhoudersaansprakelijkheid wanneer achteraf blijkt dat ten onrechte tot turboliquidatie is overgegaan en de BV alsnog herleeft.
   De betrokkenheid van de aandeelhouders bij de constatering kan worden gerealiseerd door voor het bestuur een wettelijke verplichting tot het opmaken van een jaarrekening (dan wel vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening

ingeval van artikel 2:396 BW) over het laatste verkorte boekjaar op te nemen. De algemene vergadering dient de jaarrekening dan wel de vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening over het laatste verkorte boekjaar vast te stellen respectievelijk goed te keuren.

ii. De ontbinding van een BV via artikel 2:19 lid 4 BW wordt gepubliceerd in de Staatscourant en een landelijk verspreid dagblad, zodat schuldeisers eerder bekend geraken met het feit dat de BV is opgehouden te bestaan.

iii. De herleving van een turbogeliquideerde BV wordt in het handelsregister ingeschreven en gepubliceerd in de Staatscourant en een landelijk verspreid dagblad, zodat schuldeisers de mogelijkheid hebben bekend te geraken met de herleving (en dus de mogelijkheid om de BV in rechte te betrekken).

C.I. Wijziging van artikel 2:23c lid 1 BW

Wijziging van het thans luidende artikel 2:23c lid 1 BW:

> *'Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In dat geval herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De vereffenaar is bevoegd van elk der gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot heeft ontvangen.'*

tot:

> *Indien na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of het bestaan van een bate blijkt, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In dat geval herleeft de rechtspersoon met terugwerkende kracht, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De rechtspersoon wordt alsdan geacht te zijn blijven voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. De vereffenaar is bevoegd van elk der gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot heeft ontvangen.*

C.II. Toelichting

Aan de huidige wettekst betreffende de heropening van de vereffening en de daaraan verbonden herleving van de rechtspersoon wordt toegevoegd dat de rechtspersoon met terugwerkende kracht herleefd en dat de rechtspersoon in dergelijke situaties wordt geacht te zijn blijven voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Deze wijziging is noodzakelijk om duidelijk te maken dat aan de herleving terugwerkende kracht is verbonden, als gevolg waarvan een herleefde rechtspersoon moet worden geacht te zijn blijven bestaan in de tussentijd.

Zonder terugwerkende kracht van de herleving komt immers het eigenlijke doel van de herleving van een (rechtsgeldig) turbogeliquideerde BV (het waarborgen van de bescherming van schuldeisers door de alsnog bestaande baten te vereffenen), niet tot haar recht, althans in de situatie waarin sprake is van een bate die ten tijde van ontbinding nog niet bestond. Wanneer aan de herleving van een BV in een dergelijke situatie immers geen terugwerkende kracht wordt toegekend, bestond ten tijde van het ontstaan van de bate de BV niet en een niet-bestaande BV kan uiteraard geen schuldenaar zijn. Bovendien is het bepaalde in artikel 2:19 lid 5 BW – dat de BV na ontbinding voort bestaat voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is – in geval van een rechtsgeldige turboliquidatie niet van toepassing: de turbogeliquideerde BV houdt immers bij de ontbinding op te bestaan, juist omdat er geen baten bestaan en dus geen vereffening van het vermogen nodig is.

D. Wijziging van de reikwijdte van artikel 2:248 lid 6 BW

Het huidige artikel 2:248 lid 6 BW bepaalt dat het bestuur van een BV slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur dat drie jaren voorafgaand aan het faillissement heeft plaatsgevonden. Deze tijdsbeperking is volgens de parlementaire geschiedenis ingevoerd om te voorkomen dat het artikel te bezwaarlijk is voor bestuurders.

Wanneer bestuurders echter bewust ervoor hebben gekozen om een BV ten onrechte te laten turboliquideren, verdienen bestuurders mijns inziens deze bescherming niet en hoeft de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW niet strikt te worden gevolgd.

E.I. Wijziging van artikel 8 IW

Wijziging van het thans luidende artikel 8 IW:

> *'1. De ontvanger maakt de belastingaanslag bekend door toezending of uitreiking van het door de inspecteur voor de belastingschuldige opgemaakte aanslagbiljet, met dien verstande dat een uitnodiging tot betaling, door de inspecteur vastgesteld in de vorm van een elektronisch bericht, door de ontvanger langs elektronische weg aan de belastingschuldige wordt toegezonden.*
> *2. Een belastingaanslag is door de belastingschuldige in zijn geheel verschuldigd.'*

tot:

> *1. De ontvanger maakt de belastingaanslag bekend door toezending of uitreiking van het door de inspecteur voor de belastingschuldige opgemaakte aanslagbiljet, met dien verstande dat een uitnodiging tot betaling, door de inspecteur vastgesteld*

in de vorm van een elektronisch bericht, door de ontvanger langs elektronische weg aan de belastingschuldige wordt toegezonden.

2. *Een belastingaanslag is door de belastingschuldige in zijn geheel verschuldigd.*
3. *In afwijking van het eerste lid maakt de ontvanger de belastingaanslag bekend middels betekening aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de rechtbank te 's-Gravenhage indien de belastingschuldige is opgehouden te bestaan op het tijdstip van zijn ontbinding en voor zover voor zijn belastingschuld een aansprakelijkheidstelling als bedoeld in artikel 49, eerste lid, heeft plaatsgevonden. In dat geval wordt een uittreksel van de belastingaanslag bekend gemaakt in een landelijk dagblad.*

E.II. Toelichting

Op grond van het huidige fiscale aansprakelijkheidsregime bestaat er zonder invorderbare belastingschuld geen aansprakelijkheid. Een belastingaanslag wordt op grond van artikel 9 jo. 10 jo. 8 lid 1 IW pas invorderbaar na verloop van een aldaar bepaalde termijn gerekend vanaf bekendmaking van de belastingaanslag. Artikel 8 IW bepaalt dat de Ontvanger de belastingaanslag bekend maakt door toezending of uitreiking van het door de inspecteur voor de belastingschuldige opgemaakte aanslagbiljet.

Dit regime heeft tot gevolg dat – wanneer een belastingaanslag wordt opgelegd aan een reeds turbogeliquideerde BV – de BV niet in gebreke is geweest met de betaling van haar belastingschuld, omdat de belastingschuld niet invorderbaar is.

De Hoge Raad is echter van oordeel dat wanneer aan deze formele eisen gesteld aan de fiscale aansprakelijkheid wordt vastgehouden, dit in onderhavige gevallen niet een door de Invorderingswet 1990 gewaarborgd belang van de aansprakelijk gestelde dient en afbreuk doet aan het doel van de wettelijke regeling inzake de bestuurdersaansprakelijkheid. De aansprakelijk gestelde (lees: de gewezen bestuurder die op grond van artikel 36 IW aansprakelijk wordt gesteld voor de belastingschuld) zal de Ontvanger in een dergelijk geval niet kunnen tegenwerpen dat de aanslag niet overeenkomstig artikel 8 IW bekend is gemaakt aan degenen die de belastingschuld heeft belopen.

Mijns inziens is deze benadering van de Hoge Raad zeer gewenst, met name met het oog op de proceseconomie. Echter, omdat de Hoge Raad met deze benadering de wettelijke eis dat de aanslag aan de belastingschuldige bekend moet zijn gemaakt (artikel 8 IW) als het ware opzij zet, wordt afbreuk gedaan aan de rechtszekerheid. Met het oog daarop beveel ik wijziging van de wettekst van artikel 8 IW aan.

Hoofdstuk 15

SUMMARY, CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

15.1 Summary

Misuse of companies: a topical problem. The many press reports about fraud involving private companies has not escaped the attention of the Dutch government: in recent years the Minister and Lower House members Groot and Recourt have instigated different initiatives to amend current legislation aimed at combatting and preventing fraudulent schemes with private companies. Surprisingly, current fraud prevention measures, initiated by the government, largely focus on insolvency fraud. At the same time some attention is given to the role of the civil-law notary in its prevention. The government's primary focus on preventing insolvency fraud is not entirely incomprehensible. The latest figures from Statistics Netherlands date from 2010 and show that in that year nearly four billion euros in total remained in debts left unpaid, nearly 700 million of which resulted from fraudulent insolvencies. While tackling insolvency fraud, given the significant sums of money involved, is highly commendable, a number of critical questions can be raised about this approach by the government. Isn't this targeted tackling of insolvency fraud actually leading to an unwanted result? Don't the measures for preventing insolvency fraud result in more fraudulent schemes by which fraudsters actually ensure that the private companies do not become insolvent?

The turbo-liquidation as a method of dissolution appears to offer fraudsters an opportunity to limit personal risks. Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code offers the option of dissolving a private company without pursuing winding-up proceedings when there are no longer any assets at the time of the dissolution. The private company ceases to exist immediately after the board has made a statement of dissolution at the Chamber of Commerce. As no winding-up proceedings need to be pursued, the turbo-liquidation is seen as a cheap and quick way to dissolve a private company. The question arises however as to whether this assumption is correct. This research shows the opposite: the turbo-liquidation is not at all as simple as is often suggested. On the contrary, a carefully considered decision on whether or not to turbo-liquidate a private company's requires thorough legal knowledge.

Although Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code is widely used in practice, my conclusion is that certain aspects of the content and the effect of the provision have not been well thought through. The legislative history of the turbo-liquidation to some extent accounts for the poor consideration of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code: there is hardly any discussion of the turbo-liquidation in the parliamentary papers.

As a result of the misconception that the turbo-liquidation is quick and cheap, combined with legal snags associated with this method of dissolution and the stricter tackling of insolvency fraud, the turbo-liquidation seems to offer a way out to private company fraudsters. The fact that the turbo-liquidation simplifies fraudulent schemes with private companies can at least be called curious, since one of the underlying ideas behind the legislative proposal that in part resulted in Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code coming into existence was preventing misuse of shell companies.

In view of the above, a number of important questions are raised:
1. Is the turbo-liquidation as a method of dissolution really as simple as generally assumed?
2. Is the current Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code a well-considered provision?
3. Doesn't the current legal provision for the turbo-liquidation and its effect in practice actually present more opportunities for private company fraudsters?
4. If the answer to the previous question is yes, how can the legal provision for the turbo-liquidation be changed so that fraudulent schemes with private companies are prevented as far as possible?

Answers to these questions are given in the next chapter.

15.2 Conclusion

15.2.1 Is the turbo-liquidation as a method of dissolution really as simple as generally assumed?

Where the turbo-liquidation at first sight seems to be a simple, quick and cheap method of dissolving private companies, it follows from this research that there is an important downside associated with the provision. This is because the provision has defects. There are also a number of loopholes in the law in this area. At the same time a number of misunderstandings have arisen in the jurisprudence and literature. In my view the faulty legal wording regarding the turbo-liquidation is in part the result of the fact that the turbo-liquidation option was introduced by the legislature simultaneously with the option of dissolution by the Chamber of Commerce under Book 2, Section 19a of the Dutch Civil Code. Because the focus of the legislative proposal by

which these options were introduced was on the introduction of the option of dissolution by the Chamber of Commerce, there is hardly any discussion of the turbo-liquidation in the parliamentary papers for this legislative proposal. This shows that the legal provision for the turbo-liquidation was not well thought through.

15.2.1.1 The body with decision-making power in the matter of the turbo-liquidation

The first problem arises at a stage before the turbo-liquidation. Before the turbo-liquidation can take place, a dissolution resolution will as a rule first be adopted by the general meeting under Book 2, Section 19(1)(a) of the Dutch Civil Code. In addition to this resolution a declaration will also have to be made: the declaration that the company no longer has any assets at the time of dissolution. The law however lacks an explicit basis of jurisdiction for this. There is an assumption in the jurisprudence and literature that the board has the power to do this. It also follows from the jurisprudence that the judgment of the board is sufficient to proceed with the turbo-liquidation and that the board does not need to render any account of this to the company's creditors. There is an assumption that the creditors already have sufficient protection from wrongful (usually fraudulent) turbo-liquidations because they can have the company restored under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code. It may however be concluded that the route provided by Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code does not give the creditors sufficient protection, this being for the following seven reasons:

i. It is difficult for a creditor to ascertain whether the company has any assets and to demonstrate their existence. This is because there is no need for annual accounts to be prepared for the last, shortened financial year of a turbo-liquidated company and the creditor does not have the option of consulting the company's records under Book 2, Section 24(4) of the Dutch Civil Code.
ii. Initiating proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code involve costs of course, while it is not certain that they will be recovered.
iii. Initiating proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code takes a lot of time.
iv. The turbo-liquidation takes place without the legal winding-up proceedings being pursued, as a result of which this fact is not published, except in the commercial register. Because of this creditors are not aware of the company's turbo-liquidation.
v. When a turbo-liquidated company is restored under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code, this restoration is not entered in the commercial register nor otherwise published. The creditors – who have not initiated the proceedings – are therefore unaware of the restoration and consequently of the possibility of instituting legal proceedings against the company.

vi. At the same time the attractive aspects, i.e. being at no cost and simplicity, associated with the proceedings by which a company can be dissolved by means of the turbo-liquidation mean that the chances of the board fraudulently working towards the turbo-liquidation are increased.
vii. The relationship between the shareholders and the board is also disturbed because the board has the power of declaration. Because the declaration results in the dissolution of the company without any winding-up proceedings, it can in my view be argued that it should be for the shareholders to make the declaration, or at least to be involved with it.

15.2.1.2 The absence of assets at the time of dissolution

The wording of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code seems to suggest that only one condition is attached to the turbo-liquidation: the company may not have any assets at the time of the dissolution. It is not always clear how the term assets should be interpreted within the meaning of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code. The view developed in the jurisprudence that a potentially positive authorised share capital and a deferred tax liability as assets may hamper the turbo-liquidation is incorrect in my view.

15.2.1.3 The meaning of the restoration phenomenon

Where it subsequently turns out that the turbo-liquidation has wrongfully taken place or the existence of an asset subsequently comes to light, the company can be restored by reopening winding-up proceedings. In this regard the legislature uses the terms *'ceases to exist'* and *'is restored'* in Articles 2:19(5) and 2:23c(1) of the Dutch Civil Code. The result of interpreting these terms literally is that the company does not exist in the interim. However, for reasons of legal certainty, third-party protection and judicial efficiency, a restoration takes place with retrospective effect in my view, so that the company must be regarded as also having existed as such in the interim. The retrospective effect of the restoration of a turbo-liquidated company is also evident from Book 2, Section 23c(2) of the Dutch Civil Code, which stipulates that the time limit of a claim of or against the company is extended during the period that the company has ceased to exist.

15.2.1.4 The friction between Book 2, Section 19(4) and (5) and Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code

When a wrongful turbo-liquidation takes place, a bizarre situation ensues. It is then that both paragraphs 4 and 5 of Book 2, Section 19 of the Dutch Civil Code apply, as a result of which the company has ceased to exist, but continues to exist nonetheless. This is susceptible to intrinsic contradiction and raises an important question

for the company's creditors: do they have to instigate a claim to reopen the winding-up proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code in order to restore the company and to be able to institute legal proceedings against it or is this not required because the company continues to exist under Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code?

Two views of this issue are evident in the jurisprudence and literature. In the first, the provisions laid down in Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code prevail over Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code (the *doctrine of essentia*), with which the drawback of legal uncertainty is associated. In the second, the provisions laid down in Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code prevail over Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code (the *doctrine of resuscito)*, whereby the creditors are as it were disadvantaged compared with the board of the company.

In my view the solution to the intrinsic contradiction of Articles 2:19(5) of the Dutch Civil Code and 2:19(4) in conjunction with 2:23c(1) of the Dutch Civil Code can be found in a middle path (the *doctrine of solutio*), in which a distinction must be made between, on the one hand, the situation in which the board was unaware and could not reasonably have been aware of the asset existing at the time of dissolution and, on the other, the situation in which the board was aware of it or reasonably should have been. In the first situation the *doctrine of resuscito* will prevail, so that the company is regarded as no longer existing and the only possibility of restoration exists in proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code. In the second situation the *doctrine of essentia* will prevail, so that the company has never ceased to exist. Through this middle path a balance is found between the provision of legal certainty, on the one hand, and the protection of creditors, on the other.

15.2.1.5 The reopening of the winding-up proceedings by means of a winding-up petition

Uncertainties of a quite different kind arise from a ruling made by the Supreme Court in which it was considered that when prima facie evidence supports facts and circumstances that make it sufficiently plausible that assets still exist and also the 'other requirements' for insolvency have been met, the court can order the insolvency and the company must be regarded as continuing to exist for its winding up. With this ruling, the Supreme Court does not therefore give Book 2, Section 23c (1) of the Dutch Civil Code any limiting effect, while the opposite follows from the legal wording. A limiting effect of Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code is also desirable with a view to legal certainty. The Supreme Court also regards the *'prima facie evidence supports facts and circumstances that make it sufficiently plausible that assets still exist'* as a condition for the insolvency, while this condition is not made of the insolvency either in the legal wording or in the jurisprudence.

15.2.1.6 Directors' liability under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code

When a turbo-liquidated company is restored, the risk of personal liability arises for directors. Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code plays a striking 'dual role' in the case of a restored turbo-liquidated company. On the one hand, Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code can be regarded as the cause of the restoration. In the literature, the claim under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code is regarded as an asset, on the basis of which the turbo-liquidated company can be restored or become insolvent. That the claim of Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code constitutes an asset within the meaning of Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code is also logical, since it is a claim of the company itself. This has the result that when a claim is allowed under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code, capital enters the company which comes into consideration for the winding up.

On the other hand, the liability under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code can be seen as a consequence of the restoration. Without restoration the company would not after all exist and the director of a company could also not be held liable. A good example of a situation in which Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code can play an important part is that in which the general meeting adopts a dissolution resolution on the basis of financial information wilfully given incorrectly by the board.

15.2.1.7 Directors' liability under Book 2, Section 216(3) of the Dutch Civil Code

Because the basis of liability of Book 2, Section 216(3) of the Dutch Civil Code is of an internal nature and the claim can therefore only be made by the company itself, it is my view that such a claim constitutes an asset on the basis of which a turbo-liquidated company can be restored. The payment resulting from this basis of liability after all becomes part of the capital of the company, which may be used for the winding up. Book 2, Section 216(3) of the Dutch Civil Code therefore also plays a 'dual role'.

15.2.1.8 Directors' liability under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code

Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code does not play the same 'dual role' in the case of a restored turbo-liquidated company as Book 2, Section 9 and Book 2, Section 216(3) of the Dutch Civil Code. In contrast to the latter provisions, Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code cannot be seen as the cause of the restoration, because such a claim is brought by a disadvantaged creditor. When the claim under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code is allowed, the compensation for damage that results from it accrues to the disadvantaged creditor. As a result nothing changes in the capital of the company. Depending on the standard under which the director is held liable, the claim under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code

– just like Book 2, Section 9 and Book 2, Section 216 of the Dutch Civil Code – can be seen as a consequence of the restoration.

What is striking is that wrongfully proceeding with the turbo-liquidation, according to the Terneuzen Subdistrict Court for example, does not produce an unlawful act. In my view a distinction must be made here. On the one hand, it may be a situation in which the board did not know and could not reasonably have known that assets still existed at the time of dissolution. In this situation there cannot indeed be any question of an unlawful act: there is an absence of accountability. On the other, it may be a situation in which the board did know or reasonably should have known that assets still existed at the time of dissolution. In this case all the requirements made of an unlawful act have been met and the board can therefore be held liable.

In recent years a development has been detectable in the jurisprudence on the basis of which there is a faster move to directors' liability under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code in the case of wrongfully turbo-liquidated companies. This development which can be observed in the jurisprudence is positive in my view. In this way misuse of the turbo-liquidation is curtailed and the interests of creditors are better protected.

15.2.1.9 Directors' liability under section 36 of the Collection of State Taxes Act

The tax basis for liability under Section 36 of the Collection of State Taxes Act takes a completely different position where the restoration of a turbo-liquidated company is concerned: restoration is not a condition for the ability to invoke the tax basis for liability. The tax liability of directors is therefore neither the cause nor by definition the consequence of the restoration. This follows for instance from a ruling of the Supreme Court in which the directors of a turbo-liquidated company were held liable under Section 36 of the Collection of State Taxes Act, while no reopening of the winding-up proceedings had taken place. Despite the fact that this approach of the Supreme Court contributes positively to judicial efficiency, a legal provision for this matter is needed with a view to legal certainty.

15.2.1.10 Directors' liability in intra-group relations

With regard to liability in intra-group relations, it can be concluded that liability in the form of pure and impure liability may exist in the case of a turbo-liquidated company. To me the term 'pure' group liability means the situation in which the parent company is held liable for acts of the subsidiary as director of a turbo-liquidated subsidiary. The term 'impure' group liability means the situation in which the parent company, as the director of a turbo-liquidated subsidiary, is liable for acts in a group.

15.2.1.11 Fraudulent conveyance

When a turbo-liquidated company nonetheless becomes insolvent, fraudulent conveyance will play a peculiar role. Fraudulent conveyance may then, on the one hand, actually be the cause of the liquidation order, since it is assumed that declaring a fraudulent act void produces an asset for the benefit of the creditors of the company. On the other, it must be noted that fraudulent conveyance can be seen as the consequence of the liquidation order, since actually declaring a fraudulent legal act void under Section 42 et seq of the Bankruptcy Act can only take place following the ordering of the liquidation.

15.2.1.12 Directors' liability under Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code

Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code plays the same striking role as fraudulent conveyance: this provision can also be regarded as both the cause and the consequence of the liquidation order of the turbo-liquidated company. Opponents of my view that Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code is an asset on the basis of which a turbo-liquidated company can be restored can be found in jurisprudence and literature. I believe this because it is desirable with a view to judicial efficiency and third-party protection, since in a situation in which there is an asset consisting of a potential claim under Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code, the creditor would not otherwise have an opportunity to collect such a claim.

In my opinion the board should prepare annual accounts for the shortened financial year for the turbo-liquidation of the company. For the board of a company this can only have benefits: discharge from liability can be granted in a separate discharge from liability resolution and the annual accounts can play an important part when the board is blamed in reopening proceedings for assets being present at the time of the dissolution.

Given the underlying thinking about the three-year period of Book 2, Section 248(6) of the Dutch Civil Code – that without such a time limit the effect of the provision would be too onerous for directors – it may be concluded that in the case of a fraudulent scheme, in which the board has deliberately chosen the turbo-liquidation while assets still existed, the three-year period should not apply.

Precisely because the vast majority of private companies are dissolved by means of the turbo-liquidation, it is crucial that the legal defects and loopholes in the existing provision are rectified by the legislature and that the misunderstandings about this that have arisen in the jurisprudence and literature are removed. With this in mind, a number of recommendations are made in the next chapter for legal practice but also for changes to the existing law.

15.2.2 Is the current Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code a well-considered provision?

The present research has shown that the current Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code is not a full and correct basis for the turbo-liquidation as a method of dissolution. It follows from the literal wording of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code that, in order to dissolve a private company by means of the turbo-liquidation, only one condition needs to be met: the absence of assets at the time of dissolution. As a result of this it could be concluded that it is possible to dissolve a private company with liabilities alone by means of the turbo-liquidation.

When the prevailing doctrine is that a private company with no assets but with liabilities may, or even must, undergo the turbo-liquidation, this has major consequences for two groups of stakeholders. First of all it is highly likely that private company fraudsters will take advantage of this. If they divert all the assets out of a private company and build up a large debt, they will no longer become insolvent, but the company can be dissolved cheaply and quickly under Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code. This has various advantages for fraudsters. When the company is dissolved by means of the turbo-liquidation, it immediately ceases to exist; no winding-up takes place. As a result no insight is obtained into the company's accounts and finances. If the company were unable to take advantage of the turbo-liquidation, but is adjudicated insolvent, this would be quite different. In insolvency the receiver looks for any acts of fraudulent conveyance that often underlie the path to the turbo-liquidation. Fraudsters will deliberately put the company's assets beyond the reach of (certain) creditors, for example by means of selective payments. The receiver also investigates whether there is any question of directors' liability, of which there is a good chance in the case of a fraud scheme. Directors' liability may exist under Book 2, Section 248 of the Dutch Civil Code, under which the failure to comply with the obligation to prepare annual accounts and/or the requirement to keep records leads to the conclusion of improper administration. The failure to declare a liquidation order on time may also give rise to improper administration. Directors' liability may also exist under Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code when in the phase before the dissolution resolution acts are performed by which the interests of the creditors are ignored. Finally, it is conceivable that the receiver calls directors to account on the grounds of harmful, deficient administration under Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code. In my view fraudsters – when it is possible to turbo-liquidate a company with liabilities – are encouraged to divert assets from companies, to build up a large debt and to dissolve the company under Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code, as a result of which the risk of directors' liability is largely mitigated.

If fraudsters operate in this way, creditors are the victims. Following the turbo-liquidation, the company ceases to exist, so that the creditors' claims remain unpaid. The only option open to the creditors is a claim to reopen the winding-up proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code. However, this does not provide sufficient protection to creditors against fraudulent schemes.

The parliamentary history shows that the turbo-liquidation was introduced for situations in which companies have no assets at the time of dissolution. The subject of the Act by which the turbo-liquidation option was introduced was the introduction of the possibility of dissolution by the Chamber of Commerce (Book 2, Section 19a of the Dutch Civil Code). The underlying thinking of the Minister in this regard was – in part – preventing misuse of shell companies. Nothing was said about the existence of liabilities at the time of dissolution. It therefore seems to follow from both the parliamentary history and the literal legal wording of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code that the turbo-liquidation can be used when a private company has liabilities (provided that the company no longer has any assets at the time of dissolution). In view of the underlying thinking of the Minister at the time of the legislative change, it is very unlikely that the legislature introduced the turbo-liquidation for the situation in which a company only has liabilities at the time of dissolution, especially in view of the drawbacks of this approach set out above. Misuse of private companies is therefore as it were promoted in this way, while the underlying thinking of the Minister at the time of the legislative change was in part preventing misuse of shell companies. In my view the turbo-liquidation option is therefore only intended for the situation in which a private company has neither assets nor liabilities at the time of dissolution.

15.2.3 Doesn't the current legal provision for the turbo-liquidation and its effect in practice actually present more opportunities for private company fraudsters?

The present research has shown that the current legal provision for the turbo-liquidation and its effect in practice actually offers opportunities for private company fraudsters. As no winding-up proceedings need to be pursued following a dissolution under Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code, the turbo-liquidation is seen as a cheap and quick way to dissolve a private company. This is also the reason why the turbo-liquidation is regularly recommended as a method of dissolution. However, precisely because this method of dissolution seems so attractive, both the board and the general meeting of a private company will try to ensure that no assets exist in the company any longer when there is an intention to proceed with dissolution. This working towards the turbo-liquidation regularly leads to fraudulent acts, which results in prejudice to creditors and improper administration.

It is also likely, when it is assumed – in accordance with the literal wording of the Act – that a company with liabilities alone can be dissolved by means of the turbo-liquidation, that private company fraudsters will take advantage of this as indicated above. By letting a private company undergo the turbo-liquidation in order to avert potential insolvency, private company fraudsters keep out of harm's way as regards the measures proposed by the Minister to prevent insolvency fraud, which strikes me as an unwanted effect of his attempt to combat fraud.

It is also remarkable that the turbo-liquidation is not published, except in the commercial register. As a result of this creditors will not always be aware of the fact that the company has ceased to exist. In this context I refer to another curiosity when a turbo-liquidated company is restored: this restoration does not need to be entered in the commercial register. The result of this is that those who have not initiated the winding-up proceedings may be unaware of the restoration and therefore the possibility of instituting legal proceedings against the company, as a result of which fraudsters are as it were limited in their directors' liability risks.

15.2.4 If the answer to the previous question is yes, how can the legal provision for the turbo-liquidation be changed so that fraudulent schemes with private companies are prevented as far as possible?

This last question will be answered in the form of recommendations to amend the law.

15.3 Recommendations

In this paragraph a number of recommendations are made for legal practice and amending the law.

15.3.1 Recommendations for legal practice

A. The performance of thorough research before the turbo-liquidation

To prevent a restoration of the turbo-liquidated company (and therefore the risk of personal liability), I recommend that – before proceeding with the turbo-liquidation – a thorough investigation is made into assets that may be expected and assets already existing in the company. At the time of the dissolution resolution the company may not have either any assets or any liabilities, but nor may they be expected in the near future.

B. The preparation of annual accounts or a simplified balance for the shortened financial year

Even if a thorough investigation is made into the assets that may be expected and assets that a private company already has before proceeding with the turbo-liquidation of that company, it cannot be ruled out that a company is nonetheless restored because an asset subsequently comes to light. To limit the risk of personal liability for the directors and shareholders as much as possible, I recommend that the directors prepare annual accounts or a simplified balance for the shortened financial year before the turbo-liquidation. These annual accounts can in fact play an important part when the board of a turbo-liquidated company is blamed in reopening proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code for assets being present at the time of the dissolution and therefore it wrongfully proceeded with the turbo-liquidation.

C. The interpretation of Book 2, Section 19(4) and (5) and Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code

When a private company is dissolved under Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code, while assets still existed at the time of dissolution, a remarkable situation arises. It is then that both paragraphs 4 and 5 of Book 2, Section 19 of the Dutch Civil Code apply, as a result of which the company has ceased to exist, but continues to exist nonetheless. This is susceptible to intrinsic contradiction and raises an important question for the company's creditors: do they have to instigate a claim to reopen the winding-up proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code in order to restore the company and to be able to institute legal proceedings against it or is this not required because the company continues to exist under Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code?

Two views have developed with regard to this problem. In the first vision, Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code prevails over Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code (the *doctrine of essentia*), with legal uncertainty as a drawback. In the second view, Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code prevails over Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code (the *doctrine of resuscito*), whereby the creditors are disadvantaged.

In my view the solution to this problem can be found in a middle path (the *doctrine of solutio*), in which a distinction must be made between, on the one hand, the situation in which the board was unaware and could not reasonably have been aware of the asset existing at the time of dissolution and, on the other, the situation in which the board was aware of it or reasonably should have been. In the first situation the *doctrine of resuscito* will prevail, so that the company is regarded as no longer

existing and the only possibility of restoration exists in proceedings under Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code. In the second situation the *doctrine of essentia* will prevail, so that the company has never ceased to exist. This middle path provides a balance between the provision of legal certainty and the protection of creditors. With this in mind I recommend the *doctrine of solutio* as regards issues relating to application of Book 2, Section 19(5) or Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code when there has been wrongful proceeding to the turbo-liquidation.

15.3.2 Recommendations to amend the law

To remedy the legal defects and loopholes as far as possible and to ensure that the minimum possible misuse can be made of the turbo-liquidation as a method of dissolution of private companies, I recommend the following legislative changes:

A.I. Amendment of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code

Amendment of the current Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code:

> *'If the legal person no longer has any assets at the time of its dissolution, it then ceases to exist. In that case the board, or on application of Section 19a, the Chamber of Commerce and Industry, shall give notice thereof to the registers in which the legal person is entered.'*

to:

> *If the legal person no longer has any assets and any liabilities at the time of its dissolution, it then ceases to exist. In that case the board, or on application of Section 19a, the Chamber of Commerce and Industry, shall give notice thereof to the registers in which the legal person is entered.*

A.II. Explanation

Added to the condition for the turbo-liquidation, being the absence of assets at the time of dissolution, is the absence of liabilities at the time of dissolution. Under the literal wording of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code, currently when only liabilities exist at the time of dissolution, no winding-up needs to take place, as a result of which Book 2, Section 23a(4) of the Dutch Civil Code does not apply. If a legal person has no (foreseeable) assets, but does have liabilities, a liquidation order must be filed (which otherwise in practice will probably often be lifted for lack of assets). In this situation the actions of the receiver will have a purifying effect in cases of misuse of legal persons.

B. Changes to guarantee the protection of creditors

To better guarantee the protection of creditors in the event of the turbo-liquidations and to restore the balance between the shareholders and the board of a private company, I recommend the following changes to the existing legal system:

i. The shareholders will be involved with the declaration of whether or not assets exist at the time of the dissolution. On the one hand, because it is a declaration that has as a legal consequence that the company is dissolved. On the other, because an incorrect declaration (whether deliberate or not) can result in adverse consequences for the shareholders. This might include the risk of shareholder liability when it subsequently turns out that proceeding with the turbo-liquidation was wrongful and the company is nonetheless restored.
   The involvement of the shareholders with the declaration can be achieved by legally require that the directors should prepare annual accounts or a simplified balance for the shortened financial year before the turbo-liquidation. The general meeting shall approve the annual accounts or the simplified balance.
ii. The dissolution of a private company by means of Book 2, Section 19(4) of the Dutch Civil Code will be published in the Government Gazette and a nationally distributed daily newspaper, so that creditors become aware of the fact that the company has ceased to exist earlier.
iii. The restoration of a turbo-liquidated company will be entered in the commercial register and published in the Government Gazette and a nationally distributed daily newspaper, so that creditors have the opportunity to become aware of the restoration (and therefore the opportunity to initiate legal proceedings against the company).

C.I. Amendment of Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code

Amendment of the current Book 2, Section 23c(1) of the Dutch Civil Code:

> *'If after the date on which the legal person has ceased to exist a creditor or party entitled to the balance turns up or the existence of an asset comes to light, the court can at the request of a stakeholder reopen the winding-up proceedings and if necessary appoint a liquidator. In that case the legal person is restored, but only for the settlement of the reopened winding-up proceedings. The liquidator is authorised to demand back from each of the entitled parties the excess that they have received from the surplus.'*

to:

> *If after the date on which the legal person has ceased to exist a creditor or party entitled to the balance turns up or the existence of an asset comes to light, the court can at the request of a stakeholder reopen the winding-up proceedings and if necessary appoint a*

liquidator. In that case the legal person is restored with retrospective effect, but only for the settlement of the reopened winding-up proceedings. The legal person is then regarded as continuing to exist to the extent necessary for the winding up of its assets. The liquidator is authorised to demand back from each of the entitled parties the excess that they have received from the surplus.

C.II. Explanation

Added to the current legal wording concerning the reopening of the winding-up proceedings and the associated restoration of the legal person is that the legal person is restored with retrospective effect and that the legal person is regarded in such situations as continuing to exist to the extent that this is necessary for winding up its assets. This change is necessary to make clear that retrospective effect is attached to the restoration, as a result of which a restored legal person must be regarded as continuing to exist in the interim.

This is because without retrospective effect of the restoration, the actual aim of the restoration of a (legally valid) turbo-liquidated company (guaranteeing the protection of creditors by liquidating the assets still in existence) is not done justice, at least in the situation in which there is an asset that did not yet exist at the time of dissolution. Where no retrospective effect is given to the restoration of a company in such a situation, the company did not exist at the time of the appearance of the asset and a non-existent company cannot of course be a debtor. The provisions laid down in Book 2, Section 19(5) of the Dutch Civil Code – that following dissolution the company continues to exist to the extent that this is necessary for the liquidation of its assets – also do not apply in the case of a legally valid turbo-liquidation: the turbo-liquidated company ceases to exist on the dissolution, precisely because no assets exist and therefore no liquidation of the assets is possible.

D. Amendment of the scope of Book 2, Section 248(6) of the Dutch Civil Code

The current Book 2, Section 248(6) of the Dutch Civil Code stipulates that the board of a private company can only be held liable for improper administration that has taken place three years before the insolvency. According to the parliamentary history, this limit was introduced to prevent the provision being too onerous for directors.

When directors have however deliberately chosen to put a private company through the turbo-liquidation, they do not in my view deserve this protection and the three-year period of Book 2, Section 248(6) of the Dutch Civil Code does not need to be followed strictly.

E.I. Amendment of Section 8 of the Collection of State Taxes Act

Amendment of the current Section 8 of the Collection of State Taxes Act:

> *'The collector publishes the tax assessment by sending or issuing the assessment notice drawn up for the tax debtor by the inspector, on the understanding that an invitation to pay, made by the inspector in the form of an electronic message, is sent to the tax debtor electronically by the collector.*
>
> *A tax assessment is payable by the tax debtor in full.'*

to:

> *The collector publishes the tax assessment by sending or issuing the assessment notice drawn up for the tax debtor by the inspector, on the understanding that an invitation to pay, made by the inspector in the form of an electronic message, is sent to the tax debtor electronically by the collector.*
>
> *A tax assessment is payable by the tax debtor in full.*
>
> *Notwithstanding paragraph 1, the collector publishes the tax assessment by serving it at the office of the Public Prosecution Service at the District Court in The Hague if the tax debtor has ceased to exist on the date of its dissolution and in so far as a claim for liability for its tax liability as referred to in section 49(1) has taken place. In that case an extract from the tax assessment is published in a national daily newspaper.*

E.II. Explanation

Under the current tax liability regime there is no liability without a collectable tax liability. A tax assessment only becomes collectable under Section 9 in conjunction with 10 in conjunction with 8(1) of the Collection of State Taxes Act on expiry of a period laid down therein counting from publication of the tax assessment. Section 8 of the Collection of State Taxes Act stipulates that the Collector publishes the tax assessment by sending or issuing the assessment notice drawn up for the tax debtor by the inspector.

This regime has the result that – when a tax assessment is imposed on a company that has already been turbo-liquidated – the company has not defaulted on the payment of its tax liability because the tax liability is not collectable. It is however the opinion of the Supreme Court that when these formal requirements made of the tax liability are adhered to, in the present cases this does not serve an interest of the party held liable guaranteed by the Collection of State Taxes Act 1990 and detracts

from the aim of the legal provision in the matter of directors' liability. The party held liable (i.e. the former director who is held liable for the tax liability under Section 36 of the Collection of State Taxes Act) will not in such a case be able to remonstrate with the Collector that the assessment was not made known to those who have incurred the tax liability in accordance with Section 8 of the Collection of State Taxes Act.

In my view this approach of the Supreme Court is highly desirable, in particular with a view to judicial efficiency. However, because the Supreme Court, with this approach, sets aside as it were the legal requirement that the assessment must be made known to the tax debtor (Section 8 of the Collection of State Taxes Act), the legal certainty is impaired. With this in mind I recommend amendment of the legal wording of Section 8 of the Collection of State Taxes Act.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE EN AANGEHAALDE LITERATUUR

A. Boeken en tijdschriften

Van Almelo 2013
L. Van Almelo, 'Faillissementsfraudebestrijding', *Notariaat Magazine*, aflevering 2-2013.

Asser & Maeijer 2-III 1994
J.M.M. Maeijer, met medewerking van P.J. Dortmond, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (verwezen wordt naar nr.).

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997
Asser/Van der Grinten & Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht.* Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De Rechtspersoon, *deel 2-II*, Deventer: Tjeenk Willink 1997 (verwezen wordt naar nr.).

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Rechtspersonenrecht, De naamloze en besloten vennootschap, deel 2-II* (voorheen deel 2-III)*, Deventer: Kluwer 2009 (verwezen wordt naar nr.).

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013 (verwezen wordt naar nr.).

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015 (verwezen wordt naar nr.).

Assink 2010
B.F. Assink, 'De Januskop van het ondernemingsrecht, over facilitering en regulering van ondernemerschap (oratie)', Deventer: Kluwer 2010.

Bartman & Dorresteijn 2013
M. Bartman & F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013.

Berle & Means 1932
A.A. Berle & G.C. Means, *The modern corporation and private property*, New York: Macmillan Publishing Co. 1932.

Bier 2004
B. Bier, 'De verrassingen rondom de stortingsplicht op aandelen', *O&F* 2004/64.

De Bruijn 2004
J.J.M. de Bruijn, 'Turbo-vereffening bij betwiste vorderingen', *V&O* 2004-12.

Canisius & Canisius 2014
M.B.F. Canisius & R.E.H. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht. Besluitvorming, vertegenwoordiging en vereenzelviging. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut. Deel 127*, Deventer: Kluwer 2014.

Deloitte 2010
Deloitte, *Handboek externe verslaggeving 2010. Een praktische handreiking voor toepassing NL GAAP*, Deventer: Kluwer 2010.

Doorenbos 2010
D.R. Doorenbos, 'Controle op (misbruik van) vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2010/98.

Eijsbouts & Kemp 2012
A.J.A.J. Eijsbouts & B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012-5.

Groot 2003
J. Groot, 'De pakketvergoeding beschenen met het licht van benefits of control en agency problemen', *Ondernemingsrecht* 2003, 14.

Hagens 2011
R.A. Hagens, 'Publicatie van de jaarrekening en ontbinding van de rechtspersoon', *V&O* 2011-10.

Hamers & Schwarz 2004
J.J.A. Hamers & C.A. Schwarz, 'De verjaring van de vordering tot volstorting van aandelen', *TvOB* 2004-3.

Van der Heijden 1926
E.J.J. Van der Heijden, 'Het wetsontwerp Nelissen-Heemskerk', *De NV* 1925-1926.

Van der Heijden & Van der Grinten 1992
E.J.J. van der Heijden & W.C.L van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Van der Heijden/Van der Grinten & Dortmond 2013
E.J.J. van der Heijden, W.C.L van der Grinten & P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

Van der Heijden 2006
J.M. van der Heijden, *Winstrealisatie bij onderhanden werk volgens goed koopmansgebruik*, Deventer: Kluwer 2006.

Heithuis & Van den Dool 2010
E.J.W. Heithuis & R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010.

Van den Ingh 1994
F.J.P. van den Ingh, 'Vereffening van het vermogen van NV of BV volgens Boek 2 BW', *WPNR* 1994/6159.

Janse de Jonge & Vossen-Van Eldik 2012
F.J. Janse de Jonge & J.G. Vossen-Van Eldik, 'Wetsvoorstel Flex-BV en de Wet Bestuur en Toezicht. Een overzicht van de belangrijkste wijzigingen', in: G.H.G.M. van Berkel & G.C. van Daal (red.), *Burgerlijk Wetboek Boek 2. Flex-BV: tekst en uitleg. Bestuur en Toezicht – Enquêterecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Jensen & Meckling 1976
M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure', *Journal of Financial Economics* 1976, 3.

De Jongh 2011
J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011, 124.

Kemp & Renssen 2014
B. Kemp & S. Renssen, 'De bevoegdheid van de dwingende 'moeder'-curator tot eigen faillissementsaanvrage van de onwelwillende dochter', *TvOB* 2014-6.

Van der Korst 2009
P.J. van der Korst, 'Heropening van vereffening', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2009/09.

Koster 2007
H. Koster, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2007, 114.

Kroeze e.a. 2007
M.J. Kroeze e.a., *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Kupperman 2012
M. Kupperman, 'Kapitaalbescherming in het nieuwe bv-recht: van crediteurenbescherming naar bestuurdersaansprakelijkheid', in: G.H.G.M. van Berkel & G.C. van Daal (red.), *Burgerlijk Wetboek Boek 2. Flex-BV: tekst en uitleg. Bestuur en Toezicht – Enquêterecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Langman 1988
J.M.M. Langman, 'De structuurvennootschap na de beursoverval', in: J.J.C. Alberdingk Thijm e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang, Opstellen aangeboden aan Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Maeijer 1964
J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen), Tjeenk Willink, Zwolle 1964.

Mendel 1989
M.M. Mendel, 'Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd', (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

Mendel 2002
M.M. Mendel, *Hoofdzaken NV en BV*, Deventer: Kluwer 2002.

Mendel & Oostwouder 2013
M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken NV en BV*, Deventer: Kluwer 2013.

Moerland 1995
P.W. Moerland, 'Corporate governance en marktwerking', *De Naamlooze Vennootschap* 1995-12.

Nethe 1995
M.Y. Nethe, *De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen. Een onderzoek naar de rechterlijke ondtbinding ex art. 2:185 (74) lid 1 BW in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 1995.

Nethe 2008
M.Y. Nethe, 'De reikwijdte van de onderzoeksplicht van de Kamers van Koophandel onder de nieuwe Handelsregisterwet', *WPNR* 2008/6749.

Nethe 2012
M.Y. Nethe, 'Jaarrekeningverplichtingen en ontbonden rechtspersonen', *WPNR* 2012/9650.

Nethe 2013-1
M.Y. Nethe, 'Attestatie de vita na toepassing van turboliquidatie', *WPNR* 2013/6993.

Nethe 2013-2
M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2013.

Ohmann 2011
D.O. Ohmann, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij turbo-liquidatie', *JBN* 2011/65.

Van Olffen 2002
M. van Olffen, 'To be or not to be'. Enige beschouwingen rondom ontbinding van vennootschappen, in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red). Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2002.

Oppedijk van Veen 2006
E.J. Oppedijk van Veen, 'Turbo-liquidatie en bestuurdersaansprakelijkheid', *V&O* 2006-4.

Pitlo & Raaijmakers 2006
A. Pitlo & M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht. Pitlo Deel 2*, Deventer: Kluwer 2006.

Polak & Pannevis 2014
N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Reehuis e.a. 2006
W.H.M. Reehuis e.a., *Goederenrecht. Pitlo Deel 3*, Deventer: Kluwer 2006.

Renssen 2013-1
S. Renssen, 'De (on)mogelijkheid tot turboliquidatie en de op de loer liggende herleving van een turbogeliquideerde bv', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & R.A. Wolf (red.), *Young Corporate Lawyers 2013* (ICGI-reeks), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

Renssen 2013-3
S. Renssen, 'Het faillissement van een herleefde turbogeliquideerde BV: een vreemde eend in de bijt', *TvOB* 2013-4.

Renssen 2014-1
S. Renssen, 'De positionering van het (beperkt toegankelijk) centraal aandeelhoudersregister', *WPNR* 2014/7002.

Renssen & Vlaanderen 2014
S. Renssen & C.M.H. Vlaanderen, 'De beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister en het cliëntenonderzoek op grond van de Wwft', *WPNR* 2014/7028.

Renssen 2014-3
S. Renssen, 'Een BV in zwaar weer: turboliquidatie of faillissementsaanvraag?', *Ondernemingsrecht* 2014, 14.

Renssen 2015-1
S. Renssen, 'Aangifte of aanvraag van een opheffertje: misbruik van bevoegdheid?', *TvI* 2015/1.

Renssen 2015-2
S. Renssen, 'De turbogeliquideerde BV die na ontbinding blijft voortbestaan', *Ondernemingsrecht* 2015, 2.

Renssen 2015-3
S. Renssen, 'Het toekomstige aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen en verenigingen ingevolge de wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen', *JBN* 2015/29.

Rombaut 2004
C. Rombaut, *Consolidatie*, Antwerpen: De Boeck 2004.

Rosier & Tekstra 2008
E.J.M. Rosier & A.J. Tekstra, 'Het accessoire karakter van de aansprakelijkstelling', *WFR* 2008/1043.

Ross e.a. 1994
S.A. Ross e.a., *Ondernemingsfinanciering. Fundamentals of Corporate Finance*, Amsterdam: Addison-Wesley 1994.

Van der Sangen 2013
G.J.H. van der Sangen, 'Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV', *TFO* 2013/127.

Van Schilfgaarde 1986
P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilfgaarde 2001
P. van Schilfgaarde, 'Herroeping ontbindingsbesluit', *WPNR* 2001/6435.

Van Schilfgaarde e.a. 2013
P. van Schilfgaarde e.a., *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Schwarz & Wessels 1992
C.A. Schwarz & B. Wessels, *Almanak voor de BV en de NV. Handleiding voor directeuren, aandeelhouders, commissarissen en adviseurs*, Diemen: De Bussy Uitgeverij 1992.

Schwarz 2012
C.A. Schwarz, Inleiding tot het nieuwe BV-recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

Sillevis e.a. 2010
L.W. Sillevis e.a., *Cursus Belastingrecht. Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2010.

Slagter 2001
W.J. Slagter, 'Is een ontbindingsbesluit onherroepelijk?', *WPNR* 2001/6450.

Slagter 2005
W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Slagter/Assink 2013 (Deel 1)
W.J. Slagter & B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013.

Slagter/Assink 2013 (Deel 2)
W.J. Slagter & B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2)*, Deventer: Kluwer 2013.

Smid 2002
C.C. Smid, 'De turboliquidatie van een vennootschap', *V&O* 2002-1.

Van de Streek e.a 2012
J.L. van de Streek e.a., *Cursus Belastingrecht. Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

Strik & De Vries 2010
S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht. Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010.

Tekstra 2011
A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Timmerman 2005
L. Timmerman, 'Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005/2.

Timmerman 2009
L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/1.

Van Veen & Van der Zanden 2014
W.J.M. van Veen & P.M. van der Zanden, 'Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de B.V.: een verkenning', *TvOB* 2014-1.

Verdam 2013
F. Verdam, 'Het vennootschappelijk belang: méér dan 'enlightened shareholder value'', *Ondernemingsrecht* 2013/18.

Verhage & Kuyt 2013
S.A. Verhage & M.J.R. Kuyt, 'Enkele fiscale aspecten van de vereffening en heropening', *Formeel Belastingrecht* 2013/4.

Verweij & Knijnenburg 2004
J.H.A. Verweij & J.T.E. Knijnenburg, 'Het opleggen en invorderen van belastingaanslagen opgelegd aan niet meer bestaande rechtspersonen', *WFR* 2004/473.

Vetter 2007
J.J. Vetter, 'En hoe zit het met mijn vordering op de …huh… ontbonden…? BV?', *Praktisch Procederen* 2007/2.

Vetter e.a. 2009
J.J. Vetter e.a., *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2009.

Visser 2007
J.H.G. Visser, 'Turboliquidatie: geen baten, wel een schuld', *V&O* 2007, 9.

Ten Voorde 2006
H. ten Voorde, *Deponering, publicatie en verzet; een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut. Deel 89*, Deventer: Kluwer 2006.

Ten Voorde 2007
H. ten Voorde, 'Ontbinding en vereffening: enkele aandachtspunten', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2007-1.

Vriesendorp 2013
R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Wessel 2015
M. Wessel, 'Ambtelijk conceptwetsvoorstel tot wijziging van de regels bij de ontbinding van lege rechtspersonen door de Kamer van Koophandel', *V&O* 2015/6.

Wolf 2013
R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut. Deel 116*, Deventer: Kluwer 2013.

Van der Zanden 1991
P.M. van der Zanden, *Maatschappelijk aanvaarde normen voor de jaarrekening en goedkoopmansgebruik'*, Deventer: Kluwer 1991.

B. Websites

<www.vandale.nl>
<www.gtb.inl.nl>
<www.knb.nl/dossier/aandeelhoudersregister>
<www.kvk.nl>
<http://www.latijnnederlands.nl>

Renssen 2013-2
S. Renssen, 'De turboliquidatie als ontbindingswijze van een BV: eenvoudig of problematisch?', *Ius Mosae* <www.iusmosae.nl> 2013.

Renssen 2014-2
S. Renssen, 'Het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister: ongetwijfeld gewenst, maar is het ook praktisch?', *Ius Novum* <www.iusnovum.nl> 2014.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE EN AANGEHAALDE PARLEMENTAIRE EN OVERIGE STUKKEN

A. Parlementaire stukken

A.I.
Het Ontwerp van Wet tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. *Kamerstukken* 3 769.
1. *Kamerstukken II* 1954/55, 3 769, nr. 2 (Ontwerp van Wet)

A.II.
Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen. *Kamerstukken* 16 631.
1. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
2. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (Memorie van Antwoord)

A.III.
Wijziging van enige bepalingen over verboden rechtspersonen. *Kamerstukken* 17 476.
1. *Kamerstukken II* 1984/85, 17 476, nr. 5 (Memorie van Antwoord)

A.IV.
Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw B.W., zesde gedeelte, bevattende de aanpassing van de Boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek. *Kamerstukken* 17 725.
Kamerstukken II 1982/83, 17 725, nr. 2 (Ontwerp van Wet)
Kamerstukken II 1982/83, 17 725, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
Kamerstukken II 1984/85, 17 725, nr. 7 (Memorie van Antwoord)

A.V.
Invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen (Invorderingswet 1989). *Kamerstukken* 20 588
1. *Kamerstukken II* 1988/98, 20 588, nr. 3, p. 113 (Memorie van Toelichting)

A.VI.
Wet van 29 juni 1994 houdende de invoering van de mogelijkheid van ontbinding van rechtspersonen door de Kamer van Koophandel en Fabrieken, vervanging in een aantal artikelen van Boek 2 Burgerlijk Wetboek van beroep op de Kroon door

beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven, alsmede enige andere wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. *Kamerstukken* 22 482. *Stb.* 1994, 506.
1. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 2 (Voorstel van wet)
2. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 482, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.VII.
Besluit van 24 februari 2003 tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties, *Stb.* 2003, 94.

A.VIII.
Wet van 8 mei 2003, houdende regels over de documentatie van vennootschappen (Wet documentatie vennootschappen) *Kamerstukken* 28 217. *Stb.* 2003, 203.
1. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 217, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.IX.
Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling. *Kamerstukken* 28 179. *Stb.* 2004, 370.
1. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 18-19 (Nota)

A.X.
Wet van 2 november 2006, houdende regels betreffende zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). *Kamerstukken* 27 426. *Stb.* 2006, 587.
1. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 426, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XI.
Wet van 22 maart 2007, houdende regels omtrent een basisregister van ondernemingen en rechtspersonen, *Stb*. 2007, 153, zoals laatstelijk gewijzigd op 22 december 2011, *Stb*. 2012, 19.

A.XII.
Besluit van 18 juni 2008, houdende de vaststelling van een nieuw Handelsregisterbesluit 2008, *Stb.* 2008, 240, zoals laatstelijk gewijzigd op 21 april 2011, *Stb.* 2011, 199.
1. Nota van Toelichting

A.XIII.
Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme). *Kamerstukken 31 238. Stb.* 2008, 303.
1. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XIV.
Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, *Kamerstukken* 31 948, *Stb.* 2010, 280.
1. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3, p. 2 (Memorie van Toelichting)
2. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 948, nr. 6, p. 9 (Memorie van Antwoord)
3. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 948, nr. C, p. 2 (Memorie van Antwoord)

A.XV.
Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Kamerstukken* 31 763, *Stb.* 2011, 275.
1. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XVI.
Bestrijding georganiseerde criminaliteit. *Kamerstukken* 29 911.
1. *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 67 (Brief)

A.XVII.
Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). *Kamerstukken* 31 058. *Stb.* 2012, 299.
1. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (Memorie van Toelichting)
2. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6 (nota)

A.XVIII.
Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). *Kamerstukken* 32 426. *Stb.* 2012, 300.
1. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426 nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XIX.
Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht. *Stb.* 2012, 301.

A.XX.
Wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b. *Kamerstukken* 32 873, *Stb.* 2012, 440.

A.XXI.
Besluit van 16 november 2012, houdende wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008 en het Financieel besluit handelsregister. *Kamerstukken* 30 656. *Stb.* 2012, 575.
1. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 656, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXII.
Een centraal aandeelhoudersregister voor besloten- en (niet-beursgenoteerde) naamloze vennootschappen. *Kamerstukken* 32 608.
1. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota)
2. *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 5 (Brief)
3. *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief)

A.XXIII.
Bestrijding georganiseerde criminaliteit, Kamerstukken 29 911.
1. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74 (Brief d.d. 26 november 2012)
2. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 77 (Brief d.d. 25 januari 2013)

A.XXIV.
Regels omtrent de Kamer van Koophandel (Wet op de Kamer van Koophandel). *Kamerstukken* 33 553.
1. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 553, nr. 2 (Voorstel van Wet)
2. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 553, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXV.
Faillissementsrecht
1. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg)
2. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 695, nr. 5 (Brief)

A.XXVI.
Besluit van 27 juni 2013 tot positionering centraal aandeelhoudersregister van het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

A.XXVII.
Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude). *Kamerstukken* 33 994.
1. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet)
2. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXVIII.
Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod). *Kamerstukken* 34 011.
1. *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 2 (Voostel van Wet)
2. *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXIX.
Het centraal aandeelhoudersregister in de strijd tegen witwassen. *Kamerstukken* 34 095.
1. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 095, nr. 2 (Initiatiefnota)

A.XXX.
Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de doelmatige afwikkeling dan wel toepassing van een eventueel faillissement of surseance van betaling (Wet continuïteit ondernemingen I).
1. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 1 (Voorstel van Wet)
2. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXXI.
Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator)
1. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 2 (Voorstel van Wet).
2. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

A.XXXII.
Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II).
1. Voorontwerp Voorstel van Wet
2. Voorontwerp Memorie van Toelichting

A.XXXIII.
Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen.
1. Voorontwerp Voorstel van Wet
2. Voorontwerp Memorie van Toelichting

A.XXXIV.
Wetsvoorstel tot Wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Burgerlijk Wetboek in verband met de evaluatie van de Handelsregisterwet 2007, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wetten.
1. Voorontwerp Voorstel van Wet
2. Voorontwerp Memorie van Toelichting

B. Overige stukken

Brief Opstelten aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 5 december 2012 (Beantwoording kamervragen over bericht dat jaarlijks voor ca 1 miljard euro faillissements-fraude wordt gepleegd).

Brief van Van Gerven aan de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 29 januari 2013 (JSj/3502).

Brief Van der Steur aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 7 juli 2015 (Voortgang wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht).

RECHTSPRAAK

(onderverdeeld per instantie in chronologische volgorde)

Hoge Raad

HR 12 november 1924, *NJ* 1924, blz. 86 (*Lugdunum*).
HR 8 januari 1937, *NJ* 1937,431 (*Van der Feltz q.q./Hoornsche Crediet- en Effectenbank*).
HR 30 september 1955, *NJ* 1956, 319.
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erba I*).
HR 21 januari 1959, *NJ* 1959, 43 m.nt. HB (*Forumbank*).
HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 581 (*Erba II*).
HR 19 januari 1961, *NJ* 1961, 492 (*Hoeksma en Niewijk/Kramer*).
HR 11 maart 1966, *LJN* AC1869, m.nt. Scholten.
HR 10 mei 1974, *NJ* 1975, 267, m.nt. BW.
HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*).
HR 18 maart 1983, *NJ* 1983, 568.
HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985, 69.
HR 22 maart 1985, *NJ* 1985, 548, m.nt. G.
HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 68 (*Kramer q.q./NMB*).
HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/Bouwfonds*).
HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 (*Slavenburg II*).
HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (*Loeffen q.q./ Mees en Hope I*).
HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. G (*Albada Jelgersma II*).
HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 957.
HR 26 februari 1988, *NJ* 1988, 490.
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem*).
HR 2 februari 1990, *LJN* AB7889, *NJ* 1990, 384.
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 216.
HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214 (*Loeffen q.q./Mees en Hope II*).
HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992, 132, m.nt. Maeijer.
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Maeijer (*Nimox*).
HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, m.nt. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).
HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber I*).
HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Maeijer (*Kemper en Sarper*).
HR 13 juli 1994, *BNB* 1995/201.
HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 626, m.nt. PvS.

HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (*NBM/Securicor*).
HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.*).
HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*).
HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (*Citco*).
HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 (*Roco/Staat*).
HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (*Pfennings-Niederer q.q.*).
HR 12 april 1996, *NJ* 1996,488 (*Montana II*).
HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*).
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640.
HR 20 november 1996, *NJ* 1997,188 (*Wijsmuller*).
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).
HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 194, m.nt. Van Schilfgaarde.
HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586, m.nt. Maeijer (*Van Dooren/Hendriks*).
HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer (*Rainbow*).
HR 10 november 2000, *NJ* 2001, 249, m.nt. PvS.
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS (*Bakker/Katco*).
HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (*Panmo*).
HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 662, m.nt. WMK (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*).
HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654.
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Mefigro*).
HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38, m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks*).
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).
HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182 (*HBG*).
HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (*Skipper/Jaarsma*).
HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 (*RNA*).
HR 19 september 2003, *BNB* 2003/370.
HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 282 (*De Rijk/Van Roy*).
HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders loodgieters*).
HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 330, *OR* 2004/117, m.nt. Spanjaard (*Zohar Foods International*).
HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*).
HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*).
HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 173 (*Unilever*).
HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (*Van Enden q.q./Rabobank*).
HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*).
HR 2 oktober 2007, *RdvW* 2007, 849.
HR 20 november 2007, *JOR* 2008/29 (*Blue Tomato*).
HR 20 juni 2008, *RdvW* 2008, 657.
HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 220 (*Curatoren AHC/Air Holland.c.s.*)
HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 396 (*Hells Angels*).

HR 18 september 2009, *JOR* 2010/29 (*Simaco*).
HR 18 december 2009, *JOR* 2010/84, *JOR* 2010/85, m.nt. Tekstra.
HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273, m.nt. PvS (*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*).
HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, 371 (*Provincie Gelderland/Vitesse*).
HR 16 november 2010, *NJ* 2010, 625.
HR 3 december 2010, *RO* 2011/26.
HR 18 maart 2011, *NJ* 2011, 132 (*D. Freight*).
HR 23 december 2011, *JOR* 2012/69, m.nt. Tekstra.
HR 13 juli 2012, *LJN* BW7477.
HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*).
HR 11 januari 2013, *JIN* 2013/28, m.nt. Vergouwen & Van der Kraan.
HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 338.
HR 12 juli 2013 *LJN* BZ7189.
HR 18 april 2014, *NJ* 2014, 507 (*Vereniging Martijn*).
HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air*).
HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677.
HR 5 juni 2015, *NJ* 2015, 320, m.nt. Verstijlen.

Gerechtshof
Hof Amsterdam (OK) 15 november 1972, *NJ* 1974, 293 (*Lisman*).
Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1977, *NJ* 1978, 440.
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*).
Hof Amsterdam 29 februari 1984, *NJ* 1984, 672.
Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, *NJ* 1989, 270, m.nt. J.J.M. Maeijer (*Van der Klis*).
Hof 's-Gravenhage 6 april 1999, *JOR* 1999/142 (*Verto/Drenth*).
Hof Leeuwarden 1 november 2000, *LJN* AV6669.
Hof Arnhem 23 juli 2002, *JOR* 2004/85, m.nt. RA.
Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42, m.nt. Blanco Fernández (*Stork*).
Hof 's-Gravenhage 30 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7737.
Hof Amsterdam (OK) 28 december 2007, *JOR* 2008/38, m.nt. Van der Zanden (*Spyker*).
Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009/50.
Hof Arnhem 26 mei 2009, *JOR* 2010/2, m.nt. J.J.M. van Mierlo.
Hof 's-Gravenhage 16 juni 2009, *JOR* 2009/277, m.nt. Tekstra.
Hof Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BP2527.
Hof Amsterdam 31 maart 2011, *JOR* 2011/307.
Hof 's-Gravenhage 23 augustus 2011, *JOR* 2011/327.
Hof Amsterdam 22 november 2011, *LJN* BU6627.
Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *LJN* BX7085, *JOR* 2013/217, m.nt. M.Y. Nethe.

Hof Amsterdam 19 maart 2013, zaaknummer 166884, HA ZA 03-1806.
Hof 's-Gravenhage 4 juli 2013, *JOR* 2013/217, m.nt. M.Y. Nethe.
Hof Arnhem 23 juli 2013, *JOR* 2013/216, m.nt. M.Y. Nethe.
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5321.
Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, *JIN* 2014/87.
Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:977.
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3418.
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, *JBPR* 2014/32, m.nt. Malcontent & Wiersma.
Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:207.
Hof 's-Gravenhage 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846.

College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBB 21 december 2012, *RO* 2013/31.

Rechtbank
Rb. Roermond 13 november 1991, *NJ* 1992, 453.
Rb. Rotterdam 19 juli 1994, *NJ* 1995, 363.
Rb. Amsterdam 18 november 1998, *NJ* 1999, 377.
Rb. Almelo 29 augustus 2001, ECLI:NL:RBALM:2001:AD3265.
Rb. Utrecht 9 januari 2002, *JOR* 2002/54.
Rb. Arnhem 27 september 2005, *LJN* AU5572.
Rb. Arnhem 11 januari 2006, *JOR* 2006/120.
Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, m.nt. B.J. de Jong.
Rb. Arnhem 6 december 2006, *JOR* 2007/109.
Rb. Arnhem 18 april 2007, *JIN* 2007/320, m.nt. Van den Berg.
Rb. Haarlem 18 juli 2007, *JOR* 2007/262.
Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277.
Rb. Arnhem 24 mei 2011, *JOR* 2011/274.
Rb. Groningen 5 augustus 2011, *RN* 2011/105.
Rb. 's-Hertogenbosch 21 maart 2012, *JOR* 2012/140.
Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244.
Rb. Utrecht 3 september 2012, *JOR* 2013/2.
Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3712.
Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4941.
Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10377.
Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519.
Rb. Rotterdam 20 maart 2014, *JOR* 2014/195, m.nt. Beckers.
Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2548.
Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2522.
Rb. Noord-Holland 3 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:10523.
Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427.
Rb. Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4312.

Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1967.
Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.
Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2015, *JOR* 2015/182, m.nt. School.
Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323.
Rb. Midden-Nederland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4479.

Kantongerecht
Ktr. Leeuwarden 11 januari 2008, *JOR* 2008/33.
Ktr. Terneuzen 1 februari 2012, *RO* 2012/32.

OVER DE PROMOVENDA

Samantha Renssen heeft haar onderzoek in het kader van haar proefschrift verricht in samenwerking met het *Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies* (ICGI) van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van Maastricht University (www.maastrichtuniversity.nl/icgi).

Samantha is op 11 oktober 1989 te Brunssum geboren.

Van 2002 tot en met 2008 heeft zij Voorbereidend Wetenschappelijk Onderwijs (profiel Economie en Maatschappij) gevolgd aan het Bernardinuscollege te Heerlen. In 2008 is zij begonnen aan haar Bachelor Nederlandse Rechtsgeleerdheid aan Maastricht University. Tijdens de bachelorfase heeft ze deelgenomen aan een honoursprogramma. In 2011 is ze begonnen aan de Master Arbeid & Onderneming aan de Maastrichtse rechtenfaculteit. Gedurende de masterfase heeft zij deelgenomen aan een tweetal honoursprogramma's. Daarnaast is ze werkzaam geweest als student-assistente voor het ICGI. Op 30 juni 2013 is zij cum laude afgestudeerd.

Na haar studie is Samantha aangesteld bij de capaciteitsgroep Privaatrecht aan Maastricht University als docente Privaatrecht en sindsdien is zij ook coördinator van de ICGI PREMIUM Masterclassreeks. Bovendien is ze redactielid van de bundel 'Young Corporate Lawyers, ICGI-reeks'. Zij publiceerde inmiddels over diverse vennootschapsrechtelijke onderwerpen.

VALORISATIE-ADDENDUM

1. Inleiding

Onderhavig onderzoek is gericht op de turboliquidatie de BV, met een sterke focus op de onderliggende frauduleuze praktijken door middel van misbruik van de BV als rechtspersoon. Teneinde de kansen en mogelijkheden op valorisatie van het onderzoek uit een te zetten, wordt allereerst worden ingegaan op de maatschappelijke relevantie van de onderzoeksresultaten (paragraaf 2). Vervolgens wordt beschreven voor welke doelgroepen (buiten de wetenschappelijke doelgroep) de onderzoeksresultaten interessant zijn en waarom dit het geval is (paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt antwoord gegeven op de vraag tot welke concrete producten, diensten processen, activiteiten of bedrijvigheid de onderzoeksresultaten worden vertaald en vormgegeven. Daarna zal het innoverend karakter van het onderzoek aan de orde komen (paragraaf 5). Tot slot zal de planning en realisatie van het valorisatietraject worden beschreven (paragraaf 6).

2. Maatschappelijke relevantie[1]

Misbruik van vennootschappen; een actueel probleem. De vele berichten in de pers over fraude met en door BV's ontgaan de Nederlandse overheid niet;[2] in de afgelopen jaren hebben de minister en de Tweede Kamerleden Groot en Recourt verschillende initiatieven ontplooid voor wat betreft de aanpassing van de huidige wetgeving ter bestrijding en voorkoming van frauduleuze constructies met BV's. Zo dienden Groot en Recourt in 2011 hun initiatiefnota ter instelling van een centraal aandeelhoudersregister in. De oorspronkelijke gedachte daarbij was enerzijds het vergroten van transparantie in het rechtsverkeer en anderzijds het tegengaan van misbruik van BV's. Het register zal er volgens de initiatiefnemers voor zorgen dat de notaris meer instrumenten krijgt om onderzoek te doen bij een opdracht tot aandelenoverdracht en een beter zicht krijgt op ondoorzichtige constructies met BV's, onduidelijke belangen van natuurlijke en rechtspersonen en witwasconstructies.[3]

---

1 Zie ook paragraaf 1.5.
2 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2 (Initiatiefnota), p. 1.
3 Zie ook Renssen 2014-1, p. 45.

De minister kondigde in 2012 het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aan,[4] waarin hij hoofdzakelijk maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude voorstelde. Eén van de pijlers waarop het wetgevingsprogramma berust,[5] is dan ook fraudebestrijding. Onder deze pijler vallen drie wetsvoorstellen; de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod,[6] de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht[7] en de invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator.[8] Opvallend is dat de hedendaagse fraudebestrijdingmaatregelen – geïnitieerd door de overheid – zich grotendeels richten op faillissementsfraude. Daarnaast wordt er enige aandacht besteed aan de rol van de notaris bij de bestrijding van fraude. Dat de Nederlandse overheid zich hoofdzakelijk focust op het bestrijden van faillissementsfraude is wellicht begrijpelijk. Uit de meest recente cijfers (2010) van het CBS volgt dat in faillissementen van ondernemingen in totaal bijna 4 miljard euro aan onbetaald gelaten schulden overblijft, waarvan bijna 700 miljoen voortkomt uit frauduleuze faillissementen.[9]

Alhoewel de aanpak van faillissementsfraude – gelet op de aanzienlijke geldbedragen die daarmee gepaard gaan – zeer toe te juichen is, kan bij deze benadering door de overheid een aantal kritische vraagtekens worden geplaatst. Leidt deze gerichte aanpak van faillissementsfraude niet juist tot een ongewenst resultaat? Hebben de maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude niet meer frauduleuze constructies tot gevolg waarbij fraudeurs er juist voor zorgen dat de BV's niet insolvent raken?

Een mogelijkheid die door de wetgever lijkt te worden geboden aan BV-fraudeurs is de turboliquidatie van een BV als ontbindingswijze, opgenomen in artikel 2:19 lid 4 BW. Dit artikel biedt de mogelijkheid een BV te ontbinden zonder een vereffeningsprocedure te volgen wanneer er ten tijde van de ontbinding geen baten meer bestaan binnen de BV. Direct nadat het bestuur opgaaf van ontbinding ex artikel 2:19 lid 4 BW heeft gedaan bij de Kamer van Koophandel, houdt de BV op te bestaan. Aangezien geen vereffeningsprocedure hoeft te worden gevolgd, wordt de turboliquidatie gezien als een goedkope en snelle wijze van ontbinding van een BV. Dit is

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

5 De andere twee pijlers waarop het wetsvoorstel berust, zijn de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (bestaande uit de Wet Continuïteit Ondernemingen I betreffende de pre-pack, de Wet Continuïteit Ondernemingen II betreffende het buitengerechtelijk dwangakkoord en de Wet Continuïteit Ondernemingen III betreffende de doorstart in het faillissement) en de modernisering van het faillissementsrecht.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 2 (Voostel van Wet).

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 2 (Voorstel van Wet).

8 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 2 (Voorstel van Wet).

9 Brief Opstelten aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 5 december 2012 (Beantwoording kamervragen over bericht dat jaarlijks voor ca 1 miljard euro faillissements-fraude wordt gepleegd).

ook de reden waarom de turboliquidatie als ontbindingswijze geregeld aan aandeelhouders en/of bestuurders wordt geadviseerd. Echter, juist omdat deze ontbindingswijze zo aantrekkelijk lijkt, zal het bestuur alsmede de algemene vergadering van een BV, wanneer het voornemen bestaat om tot ontbinding over te gaan, ervoor proberen te zorgen dat er geen baten meer binnen de BV bestaan. Dit toewerken naar een turboliquidatie leidt geregeld tot frauduleuze handelingen, hetgeen benadeling van schuldeisers, paulianeuze handelingen en onbehoorlijk bestuur tot gevolg heeft.[10] Juist omdat een turbogeliquideerde BV direct ophoudt te bestaan en als het ware verdwijnt, lijkt deze ontbindingswijze een goede uitweg te bieden aan fraudeurs teneinde een faillissement te ontwijken. Hierdoor worden zij niet getroffen door de door de minister voorgenomen maatregelen ter voorkoming van faillissementsfraude, hetgeen mij voorkomt als een ongewenst effect van zijn poging tot fraudebestrijding. Bovendien beperken fraudeurs op deze wijze hun aansprakelijkheidsrisico's, hetgeen ten nadele van de schuldeisers van de BV's is.

Uit een steekproef gehouden door de Kamer van Koophandel volgt dat tweederde van de in 2007 krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's ex artikel 2:19 lid 4 BW direct ophield te bestaan.[11] Met andere woorden: in 2007 werd tweederde van de BV's ontbonden door middel van een turboliquidatie. In 2012 werd 85% tot 90% van de rechtspersonen ontbonden door middel van een turboliquidatie. In dat jaar werd ruim drie kwart van de krachtens een besluit van de algemene vergadering ontbonden BV's turbogeliquideerd.[12] Uit voorgaande cijfers volgt allereerst dat BV's vaker ontbonden worden via een turboliquidatie dan langs de reguliere weg (de ontbinding met een daarop volgende vereffeningsprocedure). Bovendien kan uit deze cijfers worden afgeleid dat het aantal turboliquidaties van BV's – relatief beschouwd – is toegenomen. Omdat de turboliquidatie als wijze van ontbinding van BV's veelvuldig wordt toegepast, is het van belang een gedegen onderzoek te verrichten naar de huidige wettelijke regeling, de uitwerking daarvan in de praktijk en de gevolgen voor de verschillende betrokken actoren.

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek is bovendien gelegen in het vereenvoudigende effect dat de turboliquidatie heeft op de mogelijkheid tot BV-fraude. De nadelige gevolgen van BV-fraude zijn immers niet gering. BV-fraude heeft allereerst grote economische schade tot gevolg, nu hierdoor de integriteit en de veiligheid van het handelsverkeer wordt aangetast. De samenleving als geheel wordt op

10 Zie o.a. Rb. Arnhem 26 juli 2006, *JOR* 2007/29, Hof Leeuwarden 3 februari 2009, *RN* 2009, 50 (wenk), Rb. Rotterdam 21 april 2010, *LJN* BN0277, Rb. Arnhem 2 mei 2012, *LJN* BW7244, Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3712, Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4941, Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519, Rb. Noord-Holland 3 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:10523, Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:800.

11 Nethe 2008, p. 283-285.

12 Nethe 2013-1, p. 798-802.

deze wijze benadeeld. Bovendien worden de hoge (maatschappelijke) kosten die gepaard gaan met fraude veelal op het bedrijfsleven afgewenteld. Hiervan ondervinden vooral ondernemers in het midden- en kleinbedrijf en individuele burgers als consumenten nadeel. Daarnaast leidt de overheid als ontvanger van belastinggeld schade. Tot slot worden het beginsel van eerlijke belastingheffing en de houdbaarheid van een toegankelijk en eenvoudig belastingsstelsel aangetast doordat BV-fraude in geval van financieel-economische fraudevormen gepaard gaat met belastingontduiking en/of misbruik van fiscale faciliteiten. Dit heeft tot gevolg dat de economische orde en integriteit alsmede het gelijkheidsbeginsel onder druk komen te staan.[13]

Tot slot is de maatschappelijke relevantie van het onderzoek gelegen in de ontbrekende aandacht voor (misbruik van) de turboliquidatie als ontbindingswijze van de BV bij de Nederlandse overheid. Uit een inventarisatie van Kamerstukken e.d. blijkt dat het fenomeen (misbruik van) turboliquidatie slechts één keer ter sprake is gekomen tijdens een overleg van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie met de minister en Teeven. Schouw (Tweede Kamerlid) vraagt gedurende dit overleg aandacht voor misbruik van turboliquidaties:

> *'Ik doe de minister twee suggesties en vraag hem om daarop in te gaan. De eerste is het misbruik van de turboliquidatie. Ik hoef de minister natuurlijk niets te vertellen want hij weet precies wat het probleem daarmee is. Ik hoor graag hoe hij dat denkt op te lossen.'*[14]

Het antwoord van de minister luidt:

> *'Ik was aangekomen bij de turboliquidatie: hoe voorkom ik misbruik daarvan? Met <<turboliquidatie>> wordt een snelle doorstart beoogd. Dat weet iedereen, hoop ik. In het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht is een aantal instrumenten voorzien waarmee beoogd wordt om een doorstart te vergemakkelijken. Ik noem de stille bewindvoering, het dwangakkoord en alle instrumenten voorzien in de rechterlijke controle. Misbruik wordt zo voorkomen. Dat is verpakt in het hele wetgevingsprogramma.'*[15]

Uit bovenstaande volgt enerzijds dat de Nederlandse regering geen aandacht heeft voor de turboliquidatie en de nadelige gevolgen die hier momenteel aan kleven en anderzijds dat er een misvatting bestaat over de inhoud van het begrip turboliquidatie. Een gedetailleerd onderzoek naar de turboliquidatie, de misvattingen hieromtrent en de haken en ogen die eraan verbonden zijn, is daarom mijns inziens zeer gewenst.

---

13 Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4 (Brief), p. 3.
14 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg), p. 5.
15 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 2 (Verslag van een algemeen overleg), p. 23.

3. Doelgroepen

Dat de onderzoeksresultaten van onderhavig proefschrift niet slechts relevant zijn voor de wetenschappelijke doelgroep volgt uit de maatschappelijke relevantie ervan. De resultaten zijn interessant voor een omvangrijke doelgroep:

Allereerst heeft de overheid in zijn hoedanigheid van wetgever baat bij de onderzoeksresultaten, aangezien een aantal aanbevelingen is gedaan ter wijziging van de bestaande wet teneinde misbruik van BV's te beperken.

Ook andere beroepsgroepen zullen baat hebben bij de resultaten. Fiscalisten en accountants zullen geïnteresseerd zijn, aangezien zij regelmatig adviseren tot ontbinding van BV's door middel van een turboliquidatie.

Een andere beroepsgroep waarvoor de onderzoeksresultaten interessant zijn, is de advocatuur. Ook advocaten worden vaak ingeschakeld teneinde adviezen uit te brengen met betrekking tot ontbindingen via een turboliquidatie. Bovendien speelt de advocatuur ook regelmatig een rol aan de andere kant van het verhaal; aan de kant van de schuldeisers van een plotseling ontbonden en verdwenen BV.

Tot slot zijn de onderzoeksresultaten interessant voor de groep die het meest lijdt onder de frauduleuze constructies: het bedrijfsleven en de consumenten. Na inzicht te hebben verkregen in de in dit proefschrift beschreven frauduleuze constructies zullen zowel de voormelde beroepsgroepen als het bedrijfsleven en de consumenten zich sneller bewust zijn van situaties waarin dergelijke constructies worden toegepast.

4. Activiteiten/Producten

De onderzoeksproducten zijn reeds vertaald en vormgegeven in negen publicaties:

Renssen 2013-1
S. Renssen, 'De (on)mogelijkheid tot turboliquidatie en de op de loer liggende herleving van een turbogeliquideerde bv', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & R.A. Wolf (red.), *Young Corporate Lawyers 2013* (ICGI-reeks), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 89-100.

Renssen 2013-2
S. Renssen, 'De turboliquidatie als ontbindingswijze van een BV: eenvoudig of problematisch?', *Ius Mosae* <www.iusmosae.nl> 2013.

Renssen 2013-3
S. Renssen, 'Het faillissement van een herleefde turbogeliquideerde BV: een vreemde eend in de bijt', *TvOB* 2013-4, p. 120-125.

Renssen 2014-1
S. Renssen, 'De positionering van het (beperkt toegankelijk) centraal aandeelhoudersregister', *WPNR* 2014/7002, p. 44-50.

Renssen & Vlaanderen 2014
S. Renssen & C.M.H. Vlaanderen, 'De beperkte toegankelijkheid van het centraal aandeelhoudersregister en het cliëntenonderzoek op grond van de Wwft', *WPNR* 2014/7028, p. 714-717.

Renssen 2014-2
S. Renssen, 'Het voorgestelde centraal aandeelhoudersregister: ongetwijfeld gewenst, maar is het ook praktisch?', *Ius Novum* <www.iusnovum.nl> 2014.

Renssen 2014-3
S. Renssen, 'Een BV in zwaar weer: turboliquidatie of faillissementsaanvraag?', *Ondernemingsrecht* 2014-14, p. 617-620.

Renssen 2015-1
S. Renssen, 'Aangifte of aanvraag van een opheffertje: misbruik van bevoegdheid?', *TvI* 2015/1, p. 35-39.

Renssen 2015-2
S. Renssen, 'De turbogeliquideerde BV die na ontbinding blijft voortbestaan', *Ondernemingsrecht* 2015/2, p. 55-58.

5. Innovatie[16]

Het innoverend karakter van onderhavig onderzoek is gelegen in het feit dat ten aanzien van de turboliquidatie als ontbindingswijze tot op heden nog geen uitputtende inventarisatie is verricht van alle daaraan klevende moeilijkheden. Bovendien ontbreekt een verduidelijkend en gedetailleerd onderzoek naar de inhoud en uitwerking van artikel 2:19 lid 4 BW. Daarom is het mijns inziens noodzakelijk – met name met het oog op fraudebestrijding in het vennootschapsrecht – ten aanzien van de turboliquidatie aanbevelingen voor de praktijk, maar ook voor de wetgever, te formuleren.

Bovendien verwacht ik dat steeds vaker voor de turboliquidatie als wijze van ontbinding van een BV zal worden gekozen, enerzijds als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV per 1 oktober 2012 en anderzijds door de hardere aanpak van faillissementsfraude. Immers, met de invoering van de Wet Flex-BV is het vereiste van het minimumkapitaal van € 18.000,- komen te vervallen, zodat tegenwoordig

16 Zie ook paragraaf 1.6.

BV's met een geplaatst kapitaal van slechts € 0,01 kunnen worden opgericht. Naar verwachting zullen als gevolg van deze flexibilisering relatief meer BV's worden opgericht; de oprichter-bestuurder heeft niet langer een startkapitaal nodig terwijl hem wel beperkte persoonlijke aansprakelijkheid wordt geboden. Aangezien uit steekproeven van de Kamer van Koophandel blijkt dat het merendeel van BV's ontbonden wordt door middel van een turboliquidatie, is het waarschijnlijk dat steeds meer BV's ontbonden zullen worden via artikel 2:19 lid 4 BW.

Daarnaast heeft het vervallen van het verplicht minimumkapitaal – en de daaraan verbonden vereenvoudigde mogelijkheid tot oprichting van een BV – tot gevolg dat de BV fraudegevoeliger wordt.

6. Planning & Realisatie

Het valorisatietraject zal verder vorm krijgen door het publiceren van wetenschappelijke artikelen. Bovendien ben ik voornemens het onderzoekstraject voort te zetten door middel van het generen van externe geldstromen. Het schrijven van een NWO Veni aanvraag staat daarbij als eerste op de agenda.

STELLINGENBLAD VAN MR. S. RENSSEN

Behorende bij het proefschrift,

De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap

1. Een BV kan niet ontbonden worden via een turboliquidatie wanneer de BV ten tijde van ontbinding schulden heeft.
2. Een onterecht turbogeliquideerde BV houdt direct op te bestaan, maar bestaat voort.
3. De herleving van een turbogeliquideerde BV heeft terugwerkende kracht, '*doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening*'.
4. De huidige wettelijke regeling omtrent de turboliquidatie als ontbindingswijze van een BV maakt de weg naar frauduleuze constructies eenvoudig begaanbaar.
5. Het '*summierlijk blijken van feiten en omstandigheden welke voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn*' is geen voorwaarde voor faillietverklaring.
6. Een eigen aangifte tot faillietverklaring van een 'opheffertje' levert niet per definitie misbruik van bevoegdheid op.
7. Het is aan de wetgever een oplossing aan te dragen met betrekking tot de toenemende lege-boedelproblematiek, niet aan de rechter.
8. BV-fraude is een actueel probleem met aanzienlijke negatieve consequenties voor de gehele samenleving.
9. De term '*turboliquidatie*' verdient het – na onderwerp te zijn geweest van onderhavig proefschrift – opgenomen te worden in de Van Dale.
10. De term '*valorisatie*' ontbreekt niet zonder reden in de Van Dale…
11. *Writing a PhD thesis is like wearing Louboutins: a pleasure with pain.*

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

1. Mr. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. Mr. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. Mr. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. Mr. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. Mr. J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (1971)
6. Mr. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W. Westbroek, prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. Mr. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. S.J.H. Huijben en mr. A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. Prof. mr. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. Mr. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. dr. W. Albeda, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. drs. H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. Prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. Mr. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. W. Westbroek, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en mr. Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. Mr. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. Prof. drs. J.W. Schoonderbeek, prof. dr. W. van Bruinessen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. Mr. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. H.J.M.N. Honée, mr. A.G. van Solinge, mr. G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. Mr. dr. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. Mr. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. Prof. dr. M. Lutter, mr. W. Westbroek, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. Prof. mr. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. Mr. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. Mr. J. Lievens, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. drs. H. Langman, mr. J. Bloemarts, mr. G. Noordraven, mw. mr. M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Mr. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)

30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. Mr. P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. Mr. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. Mr. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. Dr. K. Geens, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. R.P. Voogd, mr. A.G. van Solinge, mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.H.V. Stuyck, mr. J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. Mr. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. Mr. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. drs. H. Beckman, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. F.H.A. Arisz, mr. M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. Mr. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. Mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. H.J. de Bijll Nachenius, dr. H.O.C.R. Ruding, mr. M.W. den Boogert, mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. H.M.N. Schonis, mw. mr. M.E. Engelaar, mr. J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. Mr. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. Mr. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. Mr. L.G.H.J. Houwen, mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, mr. J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. Mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, drs. M.J.M. Buiting, mr. N.E.D. Faber, mr. R.W.Th. Norbruis, mr. J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. Mr. Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. Mr. R.J.C. van Helden, mr. O.L.O. de Witt Wijnen, mr. A.G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.J.M.N. Honée, mr. E. Boswinkel, mw. mr. J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. Mr. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. dr. A.H.M. Daniels, prof. dr. P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. Mr. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. Mr. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. Prof. mr. J.R. Schaafsma, prof. mr. S. Perrick, mr. D.H. Cross, prof. mr. L. Timmerman, mr. F.G.B. Graaf, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.M.L. Dings, mw. mr. J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. S. Perrick (1996)
52. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. Mr. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. Mr. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)
55. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten, mr. W.A.K. Rank, mr. E.M. van Ardenne-Stachiw, mr. Ch.W. le Rûtte (1997)
56. Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)

57. Maeijers belangstellingen. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. M.M. Mendel, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. A.L. Mohr, prof. dr. W. van Gerven, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.M.M. Maeijer (1997)
58. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied, mr. R.I.V.F. Bertrams, mr. S.A. Boele, mr. D.H. Cross, prof. mr. S.E. Eisma, mr. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. W. de Jong, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. A. Nederveen, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. W.A.K. Rank, mr. V.P.G. de Serière, prof. mr. W.J. Slagter, prof. mr. L. Timmerman, mr. L.J.K. Vincent (1997)
59. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. Mr. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector, mr. H.G. van Everdingen, mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. H.J. Sachse (1999)
62. Conflicten rondom de rechtspersoon, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.H.M. Willems, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. O.L.O. de Witt Wijnen (2000)
63. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht, mr. drs. N.V. Ponsen, mr. P. Klemann (2000)
64. Prof. mr. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, mr. A.J. Macro, mr. H.J. Sachse, drs. ing. C. Maas, mr. D.J.R. Lemstra (2000)
66. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief, drs. E.F. Feitsma, mr. V.N.G. van Leeuwen, mr. L.A.G. Moelker, mr. W. de Jong (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2002)
69. Concernverhoudingen, prof. mr. L. Timmerman. prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. S.M. Bartman, mr. L.G. Verburg, mr. M.L. Lennarts, prof. mr. M.J.A. van Mourik, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. M. van Olffen (2002)
70. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties, mr. B.M. van Beek en mr. D. van Bruggen (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2003)
73. Mr. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. Personenvennootschappen, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. J.A.M. ten Berg, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. A.L. Mohr en prof. mr. H.M.N. Schonis (2003)
75. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2004)
76. De werknemer in het ondernemingsrecht, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, mr. P.A.M. Witteveen, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mr. G.N.H. Kemperink, mr. D.C. Buijs, mr. R.M. Beltzer, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. R.A.A. Duk (2004)

77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. Mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer, prof. mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. Mr. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. Mr. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht, mr. J.M. van Dijk en mr. H.V. Oppelaar (2004)
82. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. M. Holtzer en mr. A.F.J.A. Leijten (2005)
83. Mr. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. Mr. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)
86. Mr. R.G.J. Nowak, A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2006)
88. De financiering van de onderneming, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H. Beckman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. R.J. Abendroth, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. mr. M. van Olffen, mr. V.P.G. de Serière, prof. dr. R.J.M. Dassen RA (2006)
89. Mr. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument, mr. F.M.A. 't Hart en prof. mr. C.E. du Perron (2006)
91. Mr. drs. B.J. de Jong, prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. Mr. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2007)
94. Mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. Mr. P.J. van der Korst, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2008)
98. Flexibele rechtsvormen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.J. De Kluiver, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. A.L. Mohr, mr. J.H.M. Willems, prof. mr. M. van Olffen (2008)
99. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, A.H. Scheltema en M. Scheltema (2009)
102. Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme (2010)

103. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2010)
105. Geschillen in de vennootschap, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. P.D. Olden, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. P.N. Wakkie, prof. mr. J.H.M. Willems (2010)
106. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. J.G.J. Rinkes (2010)
107. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2011)
111. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS, mr. F.G.B. Graaf en mr. R.A. Stegeman (2011)
112. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)
114. Relativering van rechtspersoonlijkheid, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. D.A.M.H.W. Strik, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. D.F. Lunsingh Scheurleer, mr. J.H. Lemstra (2012)
115. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2013)
116. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, dr. mr. E.P.M. Joosen en prof. mr. R.P. Raas (2013)
119. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2014)
122. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)
123. Prof. mr. B.J. de Jong, Modernisering van het NV-recht (2014)
124. Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden, prof. mr. G. van Solinge, mr. A.J.P. Schild, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. J.J. van Hees, prof. mr. M. van Olffen, mr. P.J. van der Korst, mr. R.J. van Galen, mr. drs. J.L. Burggraaf, mr. P.N. Wakkie (2014)
125. T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (2014)
126. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, De bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling, mr. G. Kastelein (2014)
127. Mr. M.B.F. Canisius, mr. R.E.H. Canisius, Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht. (2015)

128. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2015)
129. Mr. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (2015)
130. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015, MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten, prof. mr. D. Busch (2015)
131. Mr. S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (2016)

Het Van der Heijden Instituut werd in 1966 door prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. mr. J.M.M. Maeijer opgericht als studiecentrum voor rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Het heeft ten doel om, in de lijn van een indertijd te Nijmegen door prof. mr. E.J.J. van der Heijden gevestigde traditie, op alle mogelijke wijzen bij te dragen tot de ontwikkeling en verdieping van deze onderdelen van het privaatrecht. Het Van der Heijden Instituut is onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen.

In de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschijnen monografieën, proefschriften, congresbundels en uitkomsten van onderzoek naar de werking van regelgeving op het aangegeven onderzoeksterrein.

Tevens verschijnen in deze Serie publicaties van de Vereniging voor Financieel Recht en Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.

De wetenschappelijke leiding van het Van der Heijden Instituut en de redactie van de Serie zijn in handen van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

www.wolterskluwer.nl

verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books



Wolters Kluwer