

# 171. Enkele kanttekeningen bij ontbinding zonder vereffening

MR. P.H.N. QUIST

Als de tijd daar is, komt ook aan het leven van rechtspersonen een einde. Een rechtspersoon kan ophouden te bestaan door fusie, splitsing of ontbinding. Wordt er gekozen voor ontbinding dan dringen adviseurs er steeds vaker op aan dat de rechtspersoon zijn einde vindt door middel van een zogenaamde 'turboliquidatie'. Geen fraaie term. Er wordt mee bedoeld dat de rechtspersoon bij ontbinding onmiddellijk ophoudt te bestaan.

Alvorens de bijzonderheden van de ontbinding zonder vereffening te bespreken, zal ik in hoofdlijnen de reguliere wijze van ontbinding van een rechtspersoon schetsen. Ik beperk mij daarbij tot de ontbinding en vereffening van een rechtspersoon krachtens een besluit van het tot ontbinding bevoegde orgaan van die rechtspersoon. Vervolgens zal ik ingaan op de bijzonderheden van een turboliquidatie en zullen onder andere de heropening van de vereffening, financiële verantwoording, de rol van de bestuurders en de herroepelijkheid van het ontbindingsbesluit aan de orde komen. Een conclusie besluit het artikel.

## De reguliere procedure van ontbinding en vereffening

Bij een reguliere ontbinding en vereffening kunnen we de volgende fasen onderscheiden:

### Het besluit tot ontbinding

Een rechtspersoon wordt op grond van art. 2:19 lid 1 sub a BW ontbonden door een besluit van het tot ontbinding bevoegde orgaan van die rechtspersoon. Dit is bij een kapitaalvennootschap de algemene vergadering, bij een stichting meestal het bestuur en bij een vereniging de algemene ledenvergadering.<sup>1</sup> In dit besluit wordt opgenomen dat de rechtspersoon wordt ontbonden, per wanneer de rechtspersoon wordt ontbonden,<sup>2</sup> de benoeming van één of meer vereffenaars<sup>3</sup> en de aanwijzing van een bewaarder

van boeken en bescheiden. Voorts kan een besluit tot ontbinding nog een instructie aan de vereffenaar inhouden. Niet zelden ziet men in een ontbindingsbesluit vermeld dat indien de stand van het vermogen daartoe aanleiding geeft, de vereffenaar een uitkering bij voorbaat aan de gerechtigden dient te doen.<sup>4</sup> Voorts wordt doorgaans in een besluit tot ontbinding opgenomen in welk landelijk verspreid dagblad de neerlegging van de rekening en verantwoording bij het handelsregister dient te worden aangekondigd. De statuten verbinden aan een besluit tot ontbinding soms bijzondere voorwaarden, zoals een versterkte meerderheid, een quorum of de voorafgaande goedkeuring van een ander orgaan.

### Melding bij het handelsregister (art. 2:19 lid 3 BW jo. 40 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008)

Nadat het ontbindingsbesluit effectief is geworden, dient bij het handelsregister van de ontbinding opgave te worden gedaan door de vereffenaar. Op stukken en aankondigingen die van de ontbonden rechtspersoon uitgaan, moeten de woorden 'in liquidatie' voluit achter de naam van de rechtspersoon worden vermeld (art. 2:19 lid 5 BW).

### De vereffening

Vereffening wordt ook wel liquidatie genoemd. Liquidieren is het innen van vorderingen, het voldoen van schulden en het te gelde maken van activa van de rechtspersoon, teneinde het overgeblevene te kunnen uitkeren aan de rechthebbenden.

vereffenaar, waarbij bedacht dient te worden dat e.e.a. ook geldt indien er meer vereffenaars zijn.

4 Zie art. 2:23b lid 6 BW waarin eveneens is bepaald dat wanneer de verzetstermijn van art. 2:23b lid 5 BW eenmaal is aangevangen, de vereffenaar geen uitkering bij voorbaat meer mag doen zonder machtiging van de rechter. Zie over de uitkering bij voorbaat bijvoorbeeld P.J. Dortmund (2013), nr. 392.

1 Zie voor de vereniging ook art. 2:42 lid 4 BW.

2 Een ontbindingsbesluit kan wel per een toekomstig moment effectief worden, maar geen terugwerkende kracht hebben. Zie bijvoorbeeld P.J. Dortmund, Mr. E.J.J. van der Heijden en Mr. W.C.L. van der Grinten. *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 375 en B.F. Assink, Mr. W.J. Slagter. *Compendium ondernemingsrecht. Deel I*, Deventer: Kluwer 2013, p. 404.

3 Vaak zullen dit de bestuurders zijn; soms bepalen de statuten wie vereffenaars dienen te zijn. In het vervolg van dit artikel zal ik spreken van de

### **Het opstellen van een rekening en verantwoording door de vereffenaar (art. 2:23b lid 2 BW)**

De rekening en verantwoording behelst meestal een overzicht van de stand van het vermogen van de rechtspersoon ten tijde van het effectief worden van het ontbindingsbesluit, een opsomming van hetgeen de vereffenaar vervolgens heeft gedaan en een overzicht van het vermogen van de rechtspersoon na vereffening. Zijn er twee of meer gerechtigden tot het overschot, dan stelt de vereffenaar tevens een plan van verdeling op dat de grondslagen van de verdeling bevat.

### **Publicatie (art. 2:23b lid 4 BW)**

Vervolgens legt de vereffenaar de rekening en verantwoording en, indien er meer gerechtigden tot het overschot zijn, het plan van verdeling, neer ten kantore van het handelsregister en van de rechtspersoon. De stukken liggen daar twee maanden voor ieder ter inzage.

## **De term turboliquidatie is ongelukkig en dekt de lading niet**

De vereffenaar maakt in een nieuwsblad bekend waar en tot wanneer de stukken ter inzage liggen. De rechter kan aankondiging in de Staatscourant bevelen.

### **Crediteurenverzet (art. 2:23b lid 5 BW)**

Binnen twee maanden nadat de rekening en verantwoording en het plan van verdeling zijn neergelegd en de neerlegging is bekendgemaakt, kan iedere schuldeiser of gerechtigde daartegen door een verzoekschrift aan de rechtbank in verzet komen. De vereffenaar doet van gedaan verzet mededeling op dezelfde wijze als waarop de neerlegging van de rekening en verantwoording en het plan van verdeling zijn medegedeeld.

### **Mededeling einde crediteurenverzet (art. 2:23b lid 7 BW)**

Zodra de intrekking van of beslissing op elk verzet onherroepelijk is, deelt de vereffenaar dit mede op de wijze waarop het verzet is medegedeeld. Brengt de beslissing wijziging in het plan van verdeling, dan wordt ook het gewijzigde plan van verdeling op deze wijze meegedeeld.

### **Uitkering aan de gerechtigden**

Indien geen crediteuren in verzet zijn gekomen, keert de vereffenaar na afloop van de verzetstermijn het liquidatiesaldo uit aan de gerechtigden overeenkomstig het plan van verdeling (art. 2:23b lid 1 BW). Voor zover tot het overschot iets anders dan geld behoort en de statuten of een rechterlijke beschikking geen nadere aanwijzing behelzen, komen als wijzen van verdeling in aanmerking: (i) toedeling van een gedeelte van het overschot aan ieder van de gerechtigden, (ii) overbedeling aan één of meer gerechtigden tegen vergoeding van de overwaarde, en (iii) verdeling van de netto-opbrengst na verkoop (art. 2:23b

lid 3 BW).<sup>5</sup>

Voor zover gerechtigden onbekend zijn, consigneert de vereffenaar geldbedragen waarover niet binnen zes maanden na de laatste betaalbaarstelling is beschikt (art. 2:23b lid 8 BW).

### **Einde rechtspersoon**

De vereffening eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn (art. 2:23b lid 9 BW). De rechtspersoon houdt op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt (art. 2:19 lid 6 BW). Dit is doorgaans het moment waarop de liquidatie-uitkering aan de rechthebbenden is geschied (art. 2:23b lid 1 BW). De vereffenaar doet hiervan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven (art. 2:19 lid 6 BW). De rechter is in beginsel alleen betrokken bij de vereffening, indien crediteuren verzet aantekenen of indien gedurende de verzetstermijn de vereffenaar een uitkering bij voorbaat wil doen. Indien de rechter bij de vereffening is betrokken, dient de vereffenaar na verloop van een maand nadat de vereffening is geëindigd, rekening en verantwoording van zijn beheer aan de rechter te doen (art. 2:23b lid 10 BW).

## **Turboliquidatie**

De ontbindingsprocedure van een rechtspersoon zoals hierboven geschetst, neemt enige tijd in beslag, vereist de nodige handelingen en brengt kosten met zich. Niet onoverkomelijk, maar kan het ook anders? Sneller en goedkoper kan een rechtspersoon worden 'opgeruimd' door middel van een turboliquidatie. Bij een turboliquidatie heeft de rechtspersoon op het moment dat het ontbindingsbesluit effectief wordt geen baten meer, zodat de rechtspersoon op grond van art. 2:19 lid 4 BW per het moment van ontbinding ophoudt te bestaan. Om dit te bereiken zorgt het bestuur er voor dat het vermogen van de vennootschap voorafgaande aan de ontbinding feitelijk wordt vereffend. Het bestuur is bij uitstek het orgaan dat kan beoordelen of er al dan niet sprake is van baten binnen de rechtspersoon.<sup>6</sup> Omdat er op het moment van ontbinding geen activa zijn en er dus niets te vereffenen is, hoeft de wettelijke vereffeningprocedure niet te worden

5 P.J. Dortmund (2013), nr. 389 en 390 neemt aan dat aandeelhouders en andere gerechtigden aanspraak kunnen maken op een uitkering in geld, tenzij de statuten anders bepalen. Met instemming van de gerechtigden kan volgens Dortmund uitkering in natura geschieden.

6 De rechter kan dit oordeel van het bestuur toetsen, óók buiten toepassing van art. 2:23c lid 1 BW (procedure tot heropening van de vereffening), zie o.a. HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579, m.nt. J.M.M. Maeijer (Adjuncten Proprieties/Söderqvist q.q.); HR 26 maart 2004, «JOR» 2004/127 en HR 14 juni 2013, «JOR» 2013/236, m.nt. C.J. Groffen (Ongo BV). Zie ook S. Renssen, 'De (on)mogelijkheid tot turboliquidatie en de op de loer liggende herleving van een turbogeliquideerde bv', in: F.M.F. Beckers, A. Escubós Alegre, R.M. Stark (et al.), *Young Corporate Lawyers*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 89-100; M.Y. Nethe, 'Attestatie de vita na toepassing van turboliquidatie', *WPNR* 2013-6993, p. 950-953 en J. Winter en J.B. Wezeman, *P. Van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, par. 127.

## Balans 1

Actief		Passief	
Vordering op aandeelhouder:	EUR 45.000	Aandelenkapitaal:	EUR 45.000
Totaal:	EUR 45.000	Totaal:	EUR 45.000

## Balans 2

Actief		Passief	
Kas:	EUR 0	Aandelenkapitaal:	EUR 45.000
		Verlies:	-/- EUR 45.000
Totaal:	EUR 0	Totaal:	EUR 0

gevolgd. Crediteurenverzet lijkt zinloos,<sup>7</sup> want er is op het moment van ontbinding niets meer waarop crediteuren hun vordering kunnen verhalen. Het bestuur doet nadat het ontbindingsbesluit effectief is geworden, opgaaf van het einde van het bestaan van de rechtspersoon aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven (art. 2:19 lid 4 BW). Ik heb op zich niets tegen turbo's – al gaat er niets boven een ongeblazen krachtbron met ruime inhoud – maar de term turboliquidatie is ongelukkig. Niet alleen kleeft er iets ontegenzeggelijk 'jaren tachtigs' aan, maar vooral dekt de vlag de lading niet. Het gaat hier immers niet om een versnelde liquidatieprocedure. Er vindt in het geheel geen vereffening plaats. Men stelt dat er op het moment van ontbinding geen vermogen is en er dus niet valt te vereffenen. Een betere term voor turboliquidatie zou dan ook 'ontbinding zonder vereffening' of 'finale ontbinding' zijn.<sup>8</sup> Zijn er wel baten, maar is het saldo van baten en lasten negatief, dan houdt de rechtspersoon door ontbinding niet op te bestaan, maar dient zijn vermogen als een faillissement te worden afgewikkeld (art. 2:23a lid 4 BW).<sup>9</sup> Zijn er geen baten, maar slechts schulden, dan houdt de rechtspersoon ook bij zijn ontbinding op te bestaan. Er valt dan immers niets te vereffenen.<sup>10</sup>

## Het 'turboliquidatie klaar maken' van een rechtspersoon

### Wanneer zijn er geen baten?<sup>11</sup>

Ingevolge art. 2:19 lid 4 BW houdt een rechtspersoon

onmiddellijk ter gelegenheid van haar ontbinding op te bestaan, indien zij op het moment van ontbinding geen baten heeft. Hierover blijken nogal eens misverstanden te bestaan. Zo is een kapitaalvennootschap waarvan het enige activum een rekening-courant vordering op de aandeelhouder is en de passiefzijde van de balans slechts het geplaatste kapitaal vermeldt, geen lege vennootschap. Crediteuren zouden zich kunnen verhalen op het actief van de vennootschap, zijnde de vordering op de aandeelhouder. Een zodanige vennootschap dient dus via de reguliere weg te worden vereffend. Van een rechtspersoon zonder baten kan slechts sprake zijn als het saldo van het balans nul is.

In balans 1 is de vennootschap niet leeg. Er is een activum, namelijk een vordering op de aandeelhouder. Deze heeft een waarde. Deze kapitaalvennootschap houdt niet op te bestaan ter gelegenheid van haar ontbinding. Er moet vereffend worden. In balans 2 is de vennootschap leeg. Het balanstotaal is nul. Dat wordt in dit voorbeeld veroorzaakt door een verlies ter grootte van het aandelenkapitaal. Doordat op grond van art. 2:216 BW bij de bv het aandelenkapitaal geen factor is bij de bepaling van de uitkeerbare ruimte, is een bv eenvoudiger dan een nv 'leeg te maken' door alle activa aan de aandeelhouder uit te keren en dit aan de passiefkant van de balans als een negatieve uitkeringsreserve te boeken.<sup>12</sup>

Overigens kan men de vraag stellen of het niet hebben van baten nu betekent dat er geen baten zijn of dat dit betekent dat er geen activa zijn met een positieve waarde. Art. 2:23b BW geeft aan dat vereffening eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn. Ik meen dat de term 'baten' dient te worden uitgelegd als 'activa', ook als deze geen positieve waarde hebben.<sup>13</sup> Dit zou er toe leiden dat ook bij activa met een niet positieve waarde de vennootschap niet ophoudt te bestaan bij ontbinding. Dat is ook niet onbegrijpelijk. De activa moeten ergens blijven. Bij een aangeleverde balans

7 Crediteuren kunnen wel een vordering instellen op grond van onrechtmatige daad, zie recent bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 20 november 2013, ECLI:RBROT:2013:10377 (Cyclas). Zie ook Nethe (2013), p. 952.

8 In vergelijkbare zin M.L. Lennarts, T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht, art. 2:19 BW, aant. 5. Zij spreekt over 'turbo-ontbinding', wat dan misschien weer niet helemaal uitdrukt dat ontbinding een ondeelbaar moment is waarbinnen geen verschillende snelheden denkbaar zijn. Hierna zal ik vooral de term 'finale ontbinding' bezigen.

9 Tenzij alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement (art. 2:23a lid 4 BW). Zie ook Rb. Arnhem 26 juli 2006, «JOR» 2007/29, m.nt. B.J. de Jong.

10 Zie M.Y. Nethe (2013), p. 950 en C.C. Smid, 'De turboliquidatie van een vennootschap', V&O 2002, nr. 1, p. 8-11.

11 Zie hierover uitgebreid S. Renssen (2013), p. 90 e.v. en C.C. Smid (2002), p. 8-11.

12 Wel rijst in dat geval de vraag wat de titel voor de uitkering was.

13 De aanwezigheid van een bate wordt snel aangenomen. Zie A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 26 maart 2004, «JOR» 2004/127 en C.J. Groffen in zijn noot onder HR 14 juni 2013, «JOR» 2013/236 (Ongo BV). Beiden verwijzen naar HR 11 oktober 1991, NJ 1992, 132, m.nt. Maeijer.



die op nul sluit moet dan ook de vraag gesteld worden of er inderdaad geen activa zijn, of dat aan eventuele activa geen waarde wordt toegerekend.

### Het einde van de rechtspersoon

De wet is niet helemaal duidelijk in de aanduiding van het moment waarop de ontbonden rechtspersoon ophoudt te bestaan. Enerzijds beschrijft art. 2:19 lid 4 BW dat de rechtspersoon die op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft alsdan ophoudt te bestaan. Art. 2:19 lid 5 BW schrijft voor dat de rechtspersoon na ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Art. 2:19 lid 6 BW schrijft vervolgens voor dat in geval van vereffening de rechtspersoon ophoudt te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt. Ingevolge art. 2:23b lid 9 BW eindigt de vereffening op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn.<sup>14</sup> Ook hier denk ik dat wij voor 'baten' moeten lezen 'activa'. Niet ondenkbaar is dat de rechtspersoon geen baten meer heeft, maar toch na uitbetaling van het liquidatieoverschot dient voort te bestaan aangezien dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Er zou bijvoorbeeld nog een latente belastingvordering kunnen bestaan, al dan niet op grond van de laatste aangifte, of de rechtspersoon zou in een procedure betrokken kunnen zijn waarvan de uitkomst nog onzeker is. De wettelijke vereffeningprocedure kan ook worden gevolgd als de rechtspersoon weliswaar geen baten meer heeft tijdens zijn ontbinding, maar het in het belang van de vereffening van het vermogen van de rechtspersoon kan worden geacht dat toch de wettelijke procedure wordt gevolgd. Als een ontbinding vooruitloopt op nog onzekere uitkomsten is het de vraag of een ontbinding, zeker als dit een finale ontbinding is, niet voortijdig geschiedt.

## Een betere term zou 'ontbinding zonder vereffening' of 'finale ontbinding' zijn

Als een rechtspersoon, niet zijnde een kapitaalvennootschap, is opgericht en niet aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen, ligt het voor de hand dat zijn vermogen op het moment van zijn ontbinding nihil is. Dat een rechtspersoon die wel aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen op het moment van zijn ontbinding geen baten meer heeft, kan zo uitkomen. Vaker is het echter geen toeval en wordt daar op aangestuurd. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door voor de ontbinding uitkeringen aan de gerechtigden te doen of kosten voor de advisering omtrent de ontbinding vooraf in rekening te brengen. Op die manier wordt het vermogen van de rechtspersoon voor ontbinding naar nul gebracht. Is daar wat tegen? Daar is niets tegen als alles goed gaat. Als echter een onbekende crediteur zich daarna meldt, of alsnog een latente vordering op de rechtspersoon materieel wordt, of op grond van een garantie een claim

tegen de rechtspersoon wordt ingediend, dan komt het naar de nulstand van het balanstotaal toewerken neer op een bevoordeling van sommige crediteuren boven andere, dan wel van het doen van een uitkering aan gerechtigden die te hoog is geweest. Dit is voor de bestuurders van weleer onprettig nu zij een onjuiste beoordeling hebben gemaakt van het vermogen van de rechtspersoon en door het doen van uitkeringen voor ontbinding op een actieve wijze hebben meegewerkt aan het vermijden van publicatie en daarmee de mogelijkheid van crediteuren zich te melden actief hebben belemmerd. Wie uitkeringen doet voorafgaand aan een ontbinding moet zeker zijn van zijn zaak. Niet altijd overigens zullen de bestuurders doorslaggevende invloed hebben omdat een besluit tot uitkering bij een ander orgaan kan liggen, zoals de algemene vergadering. Ook aandeelhouders kunnen in een zodanig geval gehouden worden het door uitkering verkregen terug te betalen (bijvoorbeeld op basis van art. 2:216 lid 3, 2:23c of 3:45 BW) of tot vergoeding van schade worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Bij de bv kan aan een uitkeringsbesluit geen uitvoering worden gegeven dan na goedkeuring van het bestuur, aldus art. 2:216 lid 2 BW. Op basis van de jurisprudentie die aan deze wettelijke bepaling voor de bv ten grondslag ligt, zou dit ook voor de nv en de coöperatie hebben te gelden, zij het dat het in die gevallen gaat om *medewerking* van het bestuur en de benadeelde derden een vordering op de bestuurders zouden hebben in plaats van op de uitkerende rechtspersoon zelf.<sup>15</sup> Het bestuur mag deze goedkeuring slechts onthouden 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. In het zicht van ontbinding dient daaronder mede te worden begrepen dat het bestuur zijn goedkeuring aan een uitkering in het zicht van ontbinding dient te onthouden indien voorzienbaar is dat na de uitkering niet alle crediteuren van de vennootschap kunnen worden voldaan. Wat is hier de horizon? Ik denk dat de beoordeling van het bestuur of een uitkering kan geschieden in het zicht van finale ontbinding niet minder nauw luistert dan bij reguliere uitkeringen. Indien binnen een jaar na uitkering (die in veel gevallen kort voor het ontbindingsbesluit zal geschieden) zich nog crediteuren melden, heeft het bestuur geen juiste inschatting gemaakt.<sup>16</sup>

### Finale ontbinding na een transactie

In veel gevallen dient na een transactie de structuur van de overdragende partij te worden vereenvoudigd. De

<sup>14</sup> P.J. Dortmund (2013), nr. 376.1.

<sup>15</sup> HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, m.nt. Maeijer (Nimox) en HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67, m.nt. F.J.P. van den Ingh (Reinders Didam). Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA (2013), nr. 199 en Asser/Rensen 2-III\* (2102) nr. 226.

<sup>16</sup> Blijkens de Parlementaire Geschiedenis verwacht de wetgever dat het bestuur bij toepassing van de uitkeringstest een horizon van – in de regel – één jaar aanhoudt (*Kamerstukken II* 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 30).

overdragende rechtspersoon, vaak niet meer dan een schakeltje in een lange keten van rechtspersonen, heeft de opbrengst uitgekeerd en heeft daarmee zijn reden van bestaan verloren. Het komt dan ook nogal eens voor dat een rechtspersoon die bij een transactie een rol heeft gespeeld, onmiddellijk of in ieder geval kort na *closing* wordt ontbonden. Dat is niet bij voorbaat probleemloos. Om te beginnen zullen er mogelijk nog wat losse eindjes zijn, zoals finale belastingaangiften waarop de beschikking pas veel later is te verwachten. Maar ook los daarvan is het de vraag of een rechtspersoon die garanties in het kader van een transactie heeft afgegeven zonder meer kan worden ontbonden. Indien dit door middel van een finale ontbinding zou geschieden, zijn er blijkbaar geen baten meer en heeft de uitkering van de gehele transactieopbrengst plaatsgevonden. Er zijn dan twee momenten waarop de door de rechtspersoon verstrekte garantie wordt ondermijnd: (i) de uitkering van alle transactiebatens en (ii) de ontbinding van de rechtspersoon die ertoe leidt dat deze onmiddellijk ophoudt te bestaan. Op deze wijze wordt de garantie feitelijk in zijn duur verkort. Komt er alsnog een claim en belemmert de ontbinding van de garanderende rechtspersoon het verhaal van de wederpartij, dan zal dat mogelijk niet zonder gevolgen blijven voor diegenen die een uitkering in het licht van ontbinding ontvingen, het besluit tot ontbinding namen dan wel diegenen die daaraan hun goedkeuring hebben verleend of daaraan hebben meegewerkt, zoals de bestuurders. Mogelijk is dat zowel het besluit als de uitvoering daarvan dan onrechtmatig zijn.<sup>17</sup>

Een en ander zou overigens in de transactiedocumentatie kunnen worden ondervangen door te bepalen dat de garanderende rechtspersoon gedurende het voortduren van de garantietermijn niet kan worden ontbonden en te bepalen welk deel van het vermogen door de garanderende persoon niet kan worden uitgekeerd. De bewaring van een deel van de transactieopbrengst bij een derde, zoals een notaris, kan daarvoor in de plaats komen.

### Heropening vereffening bij finale ontbinding

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 van de gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze teveel uit het overschot heeft ontvangen, aldus art. 2:23c BW.

De wet spreekt van het *heropenen* van de vereffening. Strikt genomen zou dit dus niet zien op het geval van finale ontbinding omdat daar geen vereffening plaatsvond. Mijns inziens is echter de bepaling gezien haar strekking evenzeer

van toepassing op rechtspersonen die zijn opgehouden te bestaan zonder vereffening.<sup>18</sup> Door de heropening herleeft de rechtspersoon. Deze herleving heeft terugwerkende kracht. Dit brengt mee dat de rechtspersoon wordt geacht te hebben voortbestaan in de periode gelegen tussen het tijdstip van ontbinding en het tijdstip van herleving.<sup>19</sup>

### Financiële verantwoording<sup>20</sup>

Alvorens een rechtspersoon wordt ontbonden, verdient het aanbeveling na te gaan of deze aan zijn verplichtingen inzake financiële verslaggeving en publicatie heeft voldaan. Zo niet, dan kan daar in beginsel na het einde van de rechtspersoon niet meer aan worden voldaan en zou dit kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>21</sup>

Er bestaat verschil van mening over de vraag of gedurende de vereffening nog een verplichting bestaat om de jaarrekening van de vennootschap op te maken, vast te stellen en openbaar te maken, als was de rechtspersoon nog niet ontbonden.<sup>22</sup> Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. De rechtspersoon bestaat nog en wettelijke verplichtingen inzake het opmaken, vaststellen en openbaar maken van de jaarrekening duren voort zolang de rechtspersoon bestaat. De verplichtingen die ter zake op de bestuurders rustten voor ontbinding, rusten op grond van art. 2:23a lid 1 BW na ontbinding op de vereffenaar:<sup>23</sup> de vereffenaar heeft, tenzij de statuten anders bepalen, dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheid als een bestuurder, voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar. Voorts wordt doorgaans in statuten bepaald dat deze gedurende de vereffening zoveel mogelijk van kracht blijven.

De vraag rijst echter of er ook een jaarrekening dient te worden opgemaakt indien de rechtspersoon ophoudt te bestaan vóórdat de verplichting om een jaarrekening op te maken is ontstaan. Bij een reguliere vereffeningprocedure kan men beargumenteren dat de rekening en verantwoording feitelijk als de laatste, zij het eigensoortige,

18 HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992, 132, m.nt. Maelijer en HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579 m.nt. Maelijer (Adjuncten Propriëties/Söderqvist q.q.).

19 Zie P.J. Dortmund (2013), nr. 398; S. Renssen, 'Het faillissement van een herleeftde turbogeliquideerde BV: een vreemde eend in de bijt', *TvOB* 2013-4, p. 120-125; S. Renssen (2013), p. 95 e.v. en J.L. van de Streek e.a., *Cursus Belastingrecht. Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, onder 1.0.3.B.b.13.

20 Zie hierover uitgebreid M.Y. Nethe, 'Jaarrekeningverplichtingen en ontbonden rechtspersonen', *WPNR* 2012/6950, p. 798-802.

21 Zie art. 2:9 BW en art. 2:50a/138/248/300a BW.

22 Beckman en Marseille (H. Beckman en E.A. Marseille, *Hoofdpijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 95) menen dat een vennootschap in liquidatie een jaarrekening moet opmaken. Wel kan volgens hen de vraag opkomen of er niet zodanige onzekerheden zijn dat het opmaken van een behoorlijke jaarrekening wordt verhinderd. Het ligt dan volgens hen voor de hand om ontheffing te vragen. Ook P.J. Dortmund (2013), nr. 380 en J. Winter en J.B. Wezeman (2013), par. 112 en 127 zijn van mening dat een jaarrekening moet worden opgemaakt. Zie voor een mooi overzicht van voor- en tegenstanders M.Y. Nethe (2012), p. 798-802.

23 Anders M.Y. Nethe (2012), p. 798-802. Zij stelt dat de verplichting tot het opstellen van de jaarrekening blijft berusten bij het bestuur.

17 Zie bijvoorbeeld HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663, m.nt. Maelijer (H.C.T. Engineering).

financiële verantwoording kan dienen. Bij finale ontbinding echter, vindt er geen rekening en verantwoording plaats, omdat er geen vereffening is. Vreemd is dan dat over het lopende boekjaar waarin de finale ontbinding plaatsvindt, geen financiële verantwoording meer geschiedt. Mij lijkt dat ook in het geval van finale ontbinding een laatste jaarrekening moet worden opgemaakt over de periode tot aan het effectief worden van het ontbindingsbesluit dat het einde van de rechtspersoon betekent.<sup>24</sup> Voor zover de jaarrekening dient te worden gepubliceerd, dient ook deze laatste jaarrekening openbaar te worden gemaakt. Feitelijk vindt hier immers een verkorting van het lopende boekjaar plaats, zoals deze ook door statutenwijziging had kunnen plaatsvinden, in welk geval evenzeer een verplichting tot financiële verantwoording zou ontstaan.<sup>25</sup> In veel gevallen zal overigens de jaarrekening van een rechtspersoon die deel uit maakt van een groep niet afzonderlijk hoeven te worden gepubliceerd door toepassing van art. 2:403 BW. De laatste jaarrekening van de rechtspersoon dient opgemaakt te worden volgens de gebruikelijke systematiek en waarderingsmethoden.

Een bijkomende reden om ook in het geval van finale ontbinding een laatste jaarrekening op te maken, is de decharge van de bestuurders. Vaak zal in een ontbindingsbesluit finale kwijting aan de bestuurders worden verleend (niet zelden overigens zal dit worden vergeten). Een decharge die niet geschiedt ter gelegenheid van de vaststelling van de jaarrekening, dan wel daarop is gebaseerd, heeft slechts betrekkelijke werking.<sup>26</sup>

### De rol van bestuurders

Hoewel hierboven al bij een enkel punt gemeld, zal ik hier nader ingaan op de rol van de bestuurders bij een finale ontbinding; die is essentieel. Juist bestuurders kunnen de inschatting maken of het vermogen van de rechtspersoon ten tijde van ontbinding inderdaad nihil is en of er nog na

blijken dat zij zich vergist hebben, staan ze 1-0 achter. Immers, door er aan mee te werken dat er geen rekening en verantwoording ter zake van de vereffening zal plaatsvinden en er geen crediteren zullen worden opgeroepen, omzeilt men moedwillig de wettelijke waarborgen voor crediteuren. In het geval de te ontbinden rechtspersoon is betrokken in een gerechtelijke procedure, activa heeft met een niet positieve waarde, of als de rechtspersoon onlangs garanties in het kader van een transactie heeft afgegeven, is finale ontbinding, indien al mogelijk, af te raden. Bestuurders die daar in die gevallen aan meewerken, stellen zich aldus bloot aan een moeilijk overzienbaar risico. Voorts loopt een bestuurder het risico dat achteraf geconcludeerd kan worden dat de vennootschap ten onrechte niet aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 of 2:394 BW heeft voldaan, hetgeen bij faillissement van de rechtspersoon (dat zou kunnen ontstaan door nakomende baten en schulden waarbij de schulden de baten overtreffen) tot een omkering van de bewijslast in de zin van art. 2:248 BW kan leiden. Los daarvan komt de vraag op of een finale decharge van de bestuurders ter gelegenheid van het ontbindingsbesluit veel om het lijf heeft, als deze niet vergezeld gaat van een finale financiële rekening en verantwoording over het door de ontbinding geëindigde laatste boekjaar van de rechtspersoon. De exacte bewoordingen van de decharge in het besluit zullen hier overigens bepalend zijn. Ik vermoed dat bestuurders in het algemeen iets te licht denken over de mogelijke gevolgen van finale ontbinding en het aansturen daarop.

### Herroepelijkheid van het ontbindingsbesluit

Een besluit tot ontbinding is in beginsel herroepelijk als het belang van de (ontbonden) rechtspersoon dat meebrengt en derden door die herroeping niet in hun belangen worden geschaad.<sup>28</sup> De vraag is of dit in het geval van een finale ontbinding ook het geval zou zijn. Mij lijkt dat moeilijk denkbaar. Een vennootschap die is opgehouden te bestaan kan niet door herroeping van het ontbindingsbesluit opnieuw tot leven komen.<sup>29</sup> Dit lijkt mij een buitenwettelijke wijze van totstandkoming van rechtspersonen. Voorstelbaar is echter dat er sprake is van een nagekomen bate, waaronder ik dan versta 'werkelijk' nagekomen baten waarvan het bestaan praktisch gezien niet kon worden vermoed, alsook baten die over het hoofd zijn gezien. In

*Juridisch up to Date* 2013, nr. 18, p. 15-17 en L.M. de Vito, 'Turboliquidatie versus wettelijke procedure', *V&O* 2013, nr. 11, p. 179-182.

24 M.Y. Nethe (2012), p. 798-802. Anders: B.F. Assink (2013), p. 414, noot 441.

25 Ook J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 234 wijst op de parallelie tussen ontbinding en statutenwijziging.

26 Zie ook M.Y. Nethe (2012), p. 798-802 en J. Schouten en P.M. Wawrzyniak, 'Wanneer eindigt de jaarrekeningplicht bij ontbonden vennootschappen?' *TvJ* 2011, nr. 6, p. 169-173. Zie over decharge P.H.N. Quist, 'Decharge (I) en (II). Over vennootschappelijke absolutie en de grenzen daarvan', *WPNR* 2011/6885, p. 401-403 en 2011/6886, p. 418-420.

27 Zie hierover recent T. van Wijngaarden en L. Akkouch, 'Turboliquidatie',

28 Zie Hof 's-Gravenhage 30 januari 2007, «JOR» 2007/66 (PMDC); Hof 's-Gravenhage 23 augustus 2011, «JOR» 2011/327 en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2013, «JOR» 2014/31, m.nt. C.J. Scholten. Scholten geeft de volgende vijf voorwaarden voor herroeping: (i) herroeping kan alleen via een civiele verzoekschriftprocedure; (ii) het optreden van de vereffenaar is beperkt gebleven, zodat feitelijk nog niet tot vereffening is overgegaan; (iii) het herroepingsbesluit is rechtsgeldig genomen; (iv) de vennootschap is nog niet opgehouden te bestaan en (v) voor derden is of zal geen nadeel ontstaan door de herroeping. Zie ook P.H.N. Quist, 'Reanimatie van een rechtspersoon. Over de herroepelijkheid van een ontbindingsbesluit', *WPNR* 2009/6818, p. 888-891.

29 Idem P.J. Dortmond (2013), nr. 375.

## Ook over het boekjaar dat eindigt met de finale ontbinding dient een jaarrekening te worden opgemaakt

te komen schulden en/of baten zijn te verwachten. Door voor te sorteren op het feit dat er geen andere schuldenaren zijn en geen andere schulden of baten te verwachten zijn en aldus naar een nul-balans van de rechtspersoon toe te werken, nemen zij een zeker risico.<sup>27</sup> Indien achteraf mocht



dat geval zou de conclusie kunnen zijn dat men weliswaar van mening was dat de rechtspersoon was opgehouden te bestaan en bij het handelsregister is uitgeschreven, maar dat dit onterecht was. De rechtspersoon kan immers geacht worden nooit te zijn opgehouden te bestaan.<sup>30</sup> Ik denk dat in een zodanig geval herroeping van het ontbindingsbesluit in beginsel mogelijk is.

### Conclusie

Finale ontbinding wint aan populariteit. Door aan te sturen op een ontbinding zonder crediteurenverzet nemen de bestuurders een zeker risico. De wettelijke vereffeningprocedure kan ook worden gevolgd als de rechtspersoon weliswaar geen baten meer heeft tijdens haar ontbinding, maar het in het belang van de vereffening van haar vermogen kan worden geacht de wettelijke procedure te volgen. Ook in geval van finale ontbinding dient een financiële verslaggeving plaats te vinden over het door ontbinding geëindigde laatste boekjaar. Er dient niet tot

ontbinding te worden besloten voordat aan de verplichtingen tot financiële verslaggeving van voorgaande jaren is voldaan. In het geval de rechtspersoon onlangs garanties

### Ik vermoed dat bestuurders soms iets te licht denken over de mogelijke gevolgen

heeft verstrekt in het kader van een transactie, is betrokken bij procedures of als er nog latente (belasting)claims zijn, is het de vraag of de rechtspersoon wel ontbonden zou moeten worden. Finale ontbinding lijkt dan in ieder geval niet de aangewezen weg. In veel gevallen waarin nu voor finale ontbinding wordt gekozen zouden bestuurders beter kunnen aansturen op de reguliere vereffeningprocedure. Nette mensen zeggen geen turboliquidatie.

#### Over de auteur

Mr. Paul H.N. Quist is notaris bij Stibbe NV

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld M.Y. Nethe, 'Herroeping ontbindingsbesluit van een rechtspersoon', *O&F* 2011-1, p. 4-28.