

Turbo-liquidatie en bestuurdersaansprakelijkheid

Introductie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement is een veel besproken onderwerp. Bestuurders die hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, kunnen onder omstandigheden door de curator worden aangesproken voor het tekort in de boedel. Hoe staat het met de aansprakelijkheid van bestuurders in het geval een rechtspersoon door toepassing van een turbo-liquidatie is ontbonden en is opgehouden te bestaan? Is er ook in dat geval ruimte voor een onderzoek naar de gang van zaken binnen de rechtspersoon?

Ontbinding van rechtspersonen

De ontbinding en vereffening van rechtspersonen is geregeld in de artikelen 2:19-2:24 BW. Blijkens deze artikelen kan een rechtspersoon op verschillende manieren worden ontbonden. In de meest voorkomende gevallen wordt de rechtspersoon ontbonden door een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. Met de ontbinding houdt de rechtspersoon in beginsel niet meteen op te bestaan. Hij blijft na de ontbinding voortbestaan voorzover dit voor de vereffening van zijn vermogen noodzakelijk is. Voor de vereffening van het vermogen van de rechtspersoon worden één of meer vereffenaars benoemd. De vereffenaar zal de activa van de rechtspersoon te gelde maken en de schulden van de rechtspersoon betalen.¹ Hetgeen na de voltooiing van de schuldeisers overblijft, het batig saldo, draagt de vereffenaar over aan hen die daartoe krachtens de statuten gerechtigd zijn. De vereffenaar is verplicht om gedurende twee maanden de rekening en verantwoording en het plan van verdeling voor eenieder ter inzage te leggen. In die twee maanden kan iedere schuldeiser of gerechtigde tegen de rekening en verantwoording en tegen het plan van verdeling in verzet komen. Als het plan van verdeling is vast komen te staan, gaat de vereffenaar over tot uitkering van de baten. De vereffening eindigt op het moment waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn.

Blijkt echter dat de schulden de baten overtreffen, dan zal de vereffenaar niet zelf gaan verdelen maar zal hij aangifte tot faillietverklaring doen, tenzij alle erkende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement. In geval van een faillissement neemt de curator de vereffening over. De rechtspersoon houdt in dat geval op te bestaan, hetzij door opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie (art. 2:19 lid 1 sub c BW jo. 16 en 173 Faillissementswet).

Heeft de rechtspersoon ten tijde van de ontbinding echter helemaal geen baten meer, dan houdt hij direct op te bestaan.

1. Asser/Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 166a.

Er vindt in dat geval geen vereffening plaats. Zonder dat er een vereffenaar aan te pas komt, doet het bestuur van de ontbinding opgaaf bij de Kamer van Koophandel. Deze vorm van liquidatie wordt ook wel turbo-liquidatie genoemd. In het geval van een turbo-liquidatie is in beginsel het oordeel van het bestuur omtrent de afwezigheid van baten voldoende.²

Heropening

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 (art. 2:23c BW). Bij toewijzing van het verzoek 'herleeft' de rechtspersoon voorzover dat nodig is voor de afwikkeling van de vereffening. De met de heropening benoemde vereffenaar is bevoegd om van de gerechtigden terug te vorderen hetgeen deze te veel uit het overschot hebben ontvangen. Ook in het geval er, door toepassing van een turbo-liquidatie, niet eerder is vereffend, kan de vereffening worden heropend.³ Uiteraard kan er bij een turbo-liquidatie nooit sprake zijn van het terugvorderen van hetgeen gerechtigden uit het overschot hebben ontvangen, aangezien dat overschot er in dat geval per definitie niet was. Mochten uiteindelijk na de heropening de schulden de baten overtreffen, dan doet de vereffenaar alsnog aangifte tot faillietverklaring.

Naast de mogelijkheid van heropening en een daaropvolgend faillissement is het volgens de Hoge Raad ook mogelijk om, indien een schuldeiser stelt dat de rechtspersoon nog baten heeft, de reeds ontbonden rechtspersoon buiten een heropening om failliet te verklaren. Het wettelijk stelsel brengt niet mee dat de rechter het oordeel dat er geen baten meer zijn, uitsluitend zou kunnen toetsen in het kader van een op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW gevoerde procedure tot heropening van de vereffening. Komt de rechter die op de faillissementsaanvraag beslist, tot het oordeel dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, dan kan hij, indien aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan, het faillissement van de reeds ontbonden rechtspersoon uitspreken. De rechtspersoon wordt dan geacht ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan.⁴ Dat lijkt een logische en praktische oplossing: in plaats van dat eerst de vereffening wordt heropend en de vereffenaar het faillissement aanvraagt omdat de schulden de baten overtreffen, wordt direct het faillissement uitgesproken.

Faillissement en turbo-liquidatie

Uit het vorenstaande blijkt dat vereffening enkel nodig is als de rechtspersoon nog baten heeft. Dat is ook logisch, nu

slechts baten voor vereffening in aanmerking kunnen komen. Zijn die baten er niet, dan houdt de rechtspersoon direct op te bestaan. Artikel 2:19 lid 4 BW spreekt slechts over het afwezig zijn van 'baten', niet over het afwezig zijn van schulden. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat een turbo-liquidatie ook mogelijk is ingeval de rechtspersoon geen baten, maar nog wel schulden heeft. Het bestuur lijkt, anders dan een vereffenaar, in dat geval niet verplicht om het faillissement van de rechtspersoon aan te vragen.

Dit heeft mogelijk een opmerkelijke consequentie. Als de rechtspersoon niet failliet wordt verklaard, maar wordt ontbonden door een turbo-liquidatie, dan is er volgens het wettelijk systeem geen ruimte meer voor een onderzoek naar de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:138 en 2:248 BW⁵). Dit is immers een bevoegdheid die slechts toekomt aan de curator. Weliswaar kan ook een rechtspersoon die is opgehouden te bestaan, alsnog failliet worden verklaard (zie noot 4), maar dan moet de verzoeker wel aannemelijk kunnen maken dat de rechtspersoon nog een bate heeft. Andere redenen dan het bestaan van een bate, hoe belangrijk ook, kunnen niet leiden tot heropening van de vereffening of faillietverklaring van de ontbonden rechtspersoon. Dit komt voort uit het feit dat de vereffening en de faillietverklaring uiteindelijk tot doel hebben het vermogen van de rechtspersoon te vereffenen.⁶

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat bestuurdersaansprakelijkheid bij een rechtspersoon die is opgehouden te bestaan (en waar van het bestaan van andere baten niet is gebleken), slechts aan de orde kan komen, als de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid zélf als bate kan worden beschouwd. Pas als dat het geval is, kan de heropening en/of het faillissement van de ontbonden rechtspersoon alsnog worden uitgesproken. Naar mijn mening zijn er ten minste drie gronden denkbaar die aan de kwalificatie 'bate' van de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid in de weg kunnen staan.

Karakter van artikel 2:138 BW

Een vordering kan enkel als een bate van de rechtspersoon worden aangemerkt als het een vordering van de rechtspersoon zelf is. Het heeft er de schijn van dat een vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW geen bate van de rechtspersoon kan opleveren. Blijkens de wetsgeschiedenis is de vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁷

2. Zie ook M. van der Vlugt, *Turbo-liquidatie*, V&O 1997, p. 83-84.

3. HR 11 oktober 1991, NJ 1992, 132.

4. HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579.

5. Daar waar in het vervolg enkel art. 2:138 BW wordt genoemd, wordt uiteraard tevens art. 2:248 BW bedoeld.

6. C.E. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1; E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Vademecum Ondernemingsrecht, Sanering en faillissement*, Deventer: Kluwer 1991, p. 33.

7. Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3; Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, p. 142; Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 335; HR 7 september 1990, NJ 1991, 52.

Vennootschap & Onderneming

Dit wordt ook wel de externe aansprakelijkheid van bestuurders genoemd.⁸ De vordering op grond van artikel 2:138 BW is daarmee dus geen vordering van de rechtspersoon zelf.⁹ Dit blijkt tevens uit het feit dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 BW niet ziet op de schade die de rechtspersoon heeft geleden, maar op het tekort van de, uiteindelijk aan de schuldeisers uit te keren, boedel.

Ook het feit dat een door de rechtspersoon aan de bestuurders verleende kwijting en decharge niet werkt ten aanzien van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 BW, wijst erop dat dit artikel niet ziet op een interne, maar op een externe aansprakelijkheid.¹⁰ Een door de rechtspersoon verleende kwijting of decharge kan namelijk niet aan een ander dan de rechtspersoon worden tegengeworpen.

Nu de vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW niet kan worden gekwalificeerd als een bate van de rechtspersoon,¹¹ heeft dit tot gevolg dat de vordering op grond van artikel 2:138 BW niet tot heropening en/of faillietverklaring van de reeds ontbonden rechtspersoon kan leiden.

Procedure van heropening staat onderzoek in de weg

De tweede aanwijzing waarom een vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW niet tot heropening of faillietverklaring van de reeds ontbonden rechtspersoon zou kunnen leiden, is gelegen in de wettelijke procedure. De verzoeker van de heropening en/of faillietverklaring moet aannemelijk maken dat er een bate bestaat. De rechter toetst het bestaan van een bate slechts summier. De procedure tot heropening of vereffening is daarmee niet de geëigende plaats voor een uitgebreid onderzoek naar de bestuurdersaansprakelijkheid. Alleen in zeer evidente gevallen zou de rechter in het kader van het onderzoek naar het bestaan van een bate kunnen concluderen dat bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Met dat oordeel loopt de rechter dan echter wel vooruit op het onderzoek van de eventueel te benoemen curator.

Vordering ex artikel 2:138 BW ontstaat pas in faillissement

De derde aanwijzing dat een vordering ex artikel 2:138 BW niet heeft te gelden als een bate, is gelegen in de tekst van de wet. De vordering uit hoofde van artikel 2:138 BW ontstaat pas op het moment dat de rechtspersoon failliet is verklaard, zo volgt uit het eerste lid van dit artikel: 'In geval van faillissement...'. Op het moment van het verzoek tot heropening of faillietverklaring kan een vordering op grond van

artikel 2:138 BW dus nog niet bestaan en op zichzelf dus niet leiden tot heropening van de vereffening of faillietverklaring van de reeds ontbonden rechtspersoon. Bovendien is, zoals hiervoor reeds is aangegeven, het geldend maken van de vordering voorbehouden aan de curator en die is er op het moment van het verzoek niet.¹²

Artikel 2:9 BW

De hiervoor besproken beperkingen die artikel 2:138 BW met zich brengt, gelden niet onverkort voor artikel 2:9 BW. Op grond van artikel 2:9 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon waarmee hij in een contractuele relatie staat, gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Schiet hij daarin tekort, dan is hij voor de daardoor aangerichte schade aansprakelijk jegens de rechtspersoon. De in dit artikel vastgelegde norm ziet, anders dan artikel 2:138 BW, op de interne aansprakelijkheid van bestuurders.¹³ De vordering ex artikel 2:9 BW kan in beginsel dus worden aangemerkt als een bate van de rechtspersoon en tot heropening en/of faillietverklaring leiden. Zodra de rechtspersoon failliet is verklaard, staat het de curator vrij om de bestuurders alsnog op grond van artikel 2:138 BW aan te spreken.

Ook ten aanzien van artikel 2:9 BW geldt echter dat de procedure tot heropening of faillietverklaring zich niet leent voor een uitgebreid onderzoek naar het handelen van bestuurders. Daarbij zij opgemerkt dat het vaststellen van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW lastiger is dan het vaststellen van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 BW. In het laatste geval staat het kennelijk onbehoorlijk bestuur namelijk vast, als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn jaarrekeningplicht dan wel zijn administratieplicht, en wordt het kennelijk onbehoorlijk bestuur vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit geldt echter niet voor het vaststellen van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW.

Bovendien is het ook maar zeer de vraag of een schuldeiser in het kader van een verzoek tot heropening van de vereffening of het faillissement van de rechtspersoon een beroep kan doen op artikel 2:9 BW. De vordering ex artikel 2:9 BW is voorbehouden aan de rechtspersoon en strekt tot bescherming van de belangen van de rechtspersoon en niet tot bescherming van de belangen van een derde.

Ten slotte kan ook een door de rechtspersoon verleende kwijting of decharge in de weg staan aan de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW. Na het verlenen van kwijting of decharge heeft de rechtspersoon op grond van artikel 2:9 BW geen vordering meer op zijn bestuurders. Artikel 2:9 BW kan dan niet tot heropening of faillietverklaring leiden.

8. Van Schilfgaarde/Winter 2003, p. 142.

9. Anders: W.C.L. van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 399.1.

10. Art. 2:138/248 lid 6 BW; Asser/Maeijer 2-III, nr. 335; Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 2:138 BW, aant. 6.

11. Anders maar zonder in te gaan op het in dit artikel signaleerde probleem: Rb. Arnhem 11 januari 2006, LJN AV0473. Tevens anders maar niet gemotiveerd: F.K. Buijn, Faillissement van een niet (meer) bestaande rechtspersoon: een uitbreiding van bestuurdersaansprakelijkheid, Fiscaal Ondernemingsrecht 1995, p. 237.

12. HR 7 september 1990, NJ 1991, 52.

13. Van Schilfgaarde/Winter 2003, p. 138; Asser/Maeijer 2-III, nr. 335.

Conclusie

Door de turbo-liquidatie houdt de rechtspersoon onmiddellijk op te bestaan. Voor heropening van de vereffening of het uitspreken van het faillissement van de rechtspersoon is slechts plaats als er nog blijkt van het bestaan van een bate. In de wettekst en het systeem van de wet zijn aanwijzingen te vinden dat een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 BW niet als een dergelijke bate kan worden aangemerkt. Hiervoor is vooral van belang dat de vordering ex artikel 2:138 BW geen vordering van de rechtspersoon is. Voor de vordering ex artikel 2:9 BW geldt dit laatste echter niet. Deze vordering kan dus in beginsel wel als bate van de rechtspersoon worden aangemerkt. Een schuldeiser zal bij het aannemelijk maken van de vordering ex artikel 2:9 BW echter vaak tegen bewijsproblemen oplopen. Dit heeft mogelijk tot gevolg dat bestuurders door toepassing van de turbo-liquidatie het faillissement en daarmee de eventuele bestuurdersaansprakelijkheid kunnen ontlopen.

*Mr. E.J. Oppedijk van Veen
Loyens & Loeff*