

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het NBA platform / tijdschrift [accountant](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

COLUMN FAILLISEMENTSRECHT | 01 maart 2018

Turboliquidatie in plaats van faillietverklaring

Een besloten vennootschap dient bij de Rechtbank Rotterdam een verzoek in om op eigen aangifte failliet te worden verklaard, maar de rechter weigert dit. In plaats daarvan had de schuldenaar volgens de rechter een zogenoemde turboliquidatie moeten doen en zijn vennootschap moeten ontbinden. Hoe werkt dat precies?

De bestuurder van de vennootschap die wil dat de bv failliet wordt verklaard gaf bij de mondelinge behandeling van het verzoek in Rotterdam op 6 februari 2018 aan dat de boedel (nagenoeg) leeg zal zijn. De rechtbank weigerde vervolgens de vennootschap failliet te verklaren. De rechtbank Rotterdam oordeelt namelijk dat er in dat geval sprake is van misbruik van recht.

Het systeem van de wet

De wet bepaalt dat een schuldenaar op eigen aangifte of op verzoek van een schuldeiser failliet kan worden verklaard. Een van de vereisten is dat de schuldenaar niet meer in staat is om zijn schuldeisers te betalen. In de aangehaalde uitspraak was daaraan voldaan. Dat betekent echter nog niet dat er dan ook altijd een faillissement wordt uitgesproken. Er moet namelijk wel een belang zijn. De vraag is of dat er belang er wel was.

Het faillissement heeft tot doel om het vermogen van de schuldenaar te vereffenen en de opbrengst daarvan te verdelen onder zijn schuldeisers. Omdat de schuldenaar in deze uitspraak nagenoeg geen vermogen had, had de schuldenaar volgens de rechtbank onvoldoende gerechtvaardigd belang om een dergelijke aanvraag in te dienen. Bovendien was niet gesteld of gebleken dat belangen van andere stakeholders, zoals werknemers, het uitspreken van een faillissement zouden rechtvaardigen.

De rechtbank oordeelt dat het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring in dit geval misbruik van recht oplevert.

Wat had de schuldenaar wel moeten doen?

De rechtbank wijst de schuldenaar op de mogelijkheid om op grond van artikel 2:19 lid 1 BW de vennootschap te ontbinden. Daarvoor is een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig. Door het nemen van een dergelijk besluit is de vennootschap ontbonden. Vervolgens dient dat besluit in de registers van de Kamer van Koophandel te worden ingeschreven. Op die manier is het ook voor de buitenwereld bekend dat de vennootschap is ontbonden.

Indien de schuldenaar op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten meer heeft, houdt hij op dat moment op te bestaan. Volgens de rechtbank had de schuldenaar deze route moeten bewandelen. In de praktijk wordt dit een turboliquidatie genoemd.

Turboliquidatie

Turboliquidatie is dus een manier om tot ontbinding van een rechtspersoon te komen. Als blijkt dat de rechtspersoon geen baten (meer) heeft, kan de algemene vergadering van aandeelhouders een

besluit tot ontbinding van de rechtspersoon nemen. In dat geval houdt de rechtspersoon direct op te bestaan. De rechtspersoon heeft immers geen baten (meer).

Het kan zijn dat een rechtspersoon ontbonden wordt terwijl er nog wel schulden zijn. Daar wordt in de praktijk nogal eens misbruik van gemaakt. Op deze manier komt er immers geen curator aan te pas die onderzoek instelt naar eventuele malversaties. Houdt het hiermee op? Of anders gezegd, kan een ontbonden vennootschap failliet worden verklaard?

Kan een ontbonden vennootschap failliet worden verklaard?

Het antwoord is ja. Als een schuldeiser aannemelijk maakt dat er toch sprake is van een bate kan hij een verzoek bij de rechtbank indienen om de ontbonden vennootschap failliet te verklaren. De schuldeiser zal dan bijvoorbeeld aannemelijk moeten maken dat de vennootschap paulianeuze rechtshandelingen heeft verricht of dat de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd. In dat laatste geval bepaalt de wet dat de bestuurder in beginsel aansprakelijk is voor alle schulden. De schuldeiser zal daarom stellen dat er door benoeming van een curator baten voor de boedel kunnen worden gerealiseerd. Die baten kunnen vervolgens onder de schuldeisers worden verdeeld.

De Rechtbank Rotterdam wijst daar in haar uitspraak ook op. De rechtbank stelt in dat verband dat niet alleen de schuldeiser aannemelijk moet maken dat er sprake is van een bate, maar ook dat die schuldeiser bij de vereffening, dus het faillissement, (enige) betaling zou ontvangen. Die laatste eis kent de wet niet. Daarmee lijkt de rechtbank onderscheid te maken tussen het geval dat een schuldeiser het faillissement van een vennootschap aanvraagt die nog niet is ontbonden en een die wel is ontbonden.

In het eerste geval hoeft een schuldeiser namelijk niet te stellen en aannemelijk te maken dat hij (enige) betaling zal ontvangen. Vaak weet een schuldeiser dat ook niet. Het is de curator die onderzoekt doet naar het vermogen van de schuldenaar en dit te gelde maakt. Het komt geregeld voor dat een schuldeiser het faillissement van een schuldenaar aanvraagt en uiteindelijk geen uitdeling uit de boedel ontvangt. De meeste faillissementen worden immers bij gebrek aan baten opgeheven. De rechtbank motiveert niet waarom deze verzwaarde eis wordt gesteld noch waarop deze is gebaseerd.

Verzet curator

Indien een ontbonden vennootschap failliet wordt verklaard en er geen baten worden gerealiseerd heeft de curator werkzaamheden verricht die niet worden betaald. De curator dient immers uit de boedel te worden betaald. En die is er niet. Kan een curator zich hiertegen verzetten?

Diverse rechtbanken spreken faillissementen uit op eigen aangiftes terwijl er niet gebleken is van een bate. Dergelijke rechtbanken onderzoeken niet of er sprake is van misbruik van recht. De door de rechtbank aangestelde curator staat in dat geval niet helemaal buiten spel. De wet biedt immers de mogelijkheid aan elke schuldeiser of belanghebbende om tegen de faillietverklaring verzet in te stellen.

Er wordt verzet ingesteld indien een dergelijke partij niet bij de eerste uitspraak tot faillietverklaring partij was. Een curator is dat per definitie niet. De curator komt pas na de uitspraak tot faillietverklaring voor het eerst in beeld. De vraag rijst dan of de curator wel als belanghebbende kan worden beschouwd.

Uitspraak Hoge Raad

In 2006 heeft de Hoge Raad die vraag bevestigend beantwoord en geoordeeld dat er een belang is van de curator om verzet aan te tekenen. De Hoge Raad overweegt het volgende: "De curator wordt als gevolg van zijn benoeming - die hij niet kan aanvechten - immers geconfronteerd met de situatie dat hij een wettelijke verplichting heeft tot het verrichten van werkzaamheden, die tot een aanzienlijke omvang kunnen oplopen, ook als uiteindelijk het faillissement bij gebrek aan baten wordt opgeheven en wel zonder dat hij enig uitzicht heeft op een beloning of zelfs maar vergoeding van de te maken kosten."

De curator heeft nog wel een onderzoeksplicht. Hij zal moeten onderzoeken of er wel of geen baten zullen worden gerealiseerd. Hij moet dus wel de administratie onderzoeken. Het kost de curator dus altijd wel tijd, wat bij vernietiging van het faillissementsvonnis niet vergoed wordt.

Persoonlijke titel

In december 2017 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator op persoonlijke titel - dus niet in zijn hoedanigheid van curator - het recht van verzet toekomt. In die zaak had de curator, na onderzoek, vastgesteld dat er geen baten meer waren. De curator stelde dat de aanvrager van het faillissement, een pensioenfonds, misbruik van bevoegdheid kon worden verweten om een faillissementsaanvraag in te dienen. Daarvan zegt de Hoge Raad dat het pensioenfonds op het moment van het indienen van de aanvraag niet wist en ook niet hoefde te weten dat er sprake was van een lege boedel.

Daarbij komt ook nog eens dat het pensioenfonds geen alternatief had. Bij een eigen faillissementsaanvraag bestaat wel een dergelijk alternatief. De aandeelhouder kan immers besluiten tot een turboliquidatie als er geen baten meer zijn die onder de schuldeisers kunnen worden verdeeld. Omdat het verzet van de curator niet slaagde moest hij de kosten van het geding betalen.