

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. 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).*

## **Jutd 2016/0003 Faillissement is geen middel om lege vennootschappen op te ruimen**

Jutd 2016/0003 d.d. 07-01-2016

**Auteur(s):** mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman advocaten, Breda.

Al sinds lang worden curatoren met regelmaat geconfronteerd met het feit dat zij aangesteld worden in een "leeg" faillissement. Het betreft dan een vennootschap (faillissementen van natuurlijke personen laat ik in dit artikel buiten beschouwing) waar vrijwel direct duidelijk is dat er (nagenoeg) geen baten meer in aanwezig zijn, zodat de faillissementskosten niet of slechts zeer gedeeltelijk kunnen worden voldaan. Deze "lege boedel-problematiek" is velen een doorn in het oog. Een faillissement dient om het actief van de gefailleerde te verzilveren en de opbrengsten daarvan uit te delen over de gezamenlijke schuldeisers en niet, zoals door sommigen wordt gedacht, om vennootschappen die leeg - en daarom niet meer gewenst zijn - op te ruimen.

### **Lagere rechtspraak**

In de afgelopen jaren is door diverse soorten betrokken partijen actie ondernomen om te proberen om aan deze inmiddels gangbare praktijk een einde te maken. Zo weigerde de rechtbank Rotterdam bij beschikking van 21 maart 2014 (ECLI: NL:RBROT:2014:2548) *uit eigen beweging* de op eigen aangifte verzochte faillietverklaring, vanwege het feit dat de directie had nagelaten om de lege vennootschap te ontbinden op basis van art. 2:19 BW, de geëigende weg om aan het bestaan van een (lege) vennootschap een einde te maken. Artikel 2:19 BW bepaalt onder meer dat de algemene vergadering van een vennootschap tot ontbinding kan besluiten. Uit lid 5 blijkt dat, indien er op het moment van ontbinding geen baten meer zijn in de vennootschap, de vennootschap direct ophoudt te bestaan. Dit wordt ook wel een "turbo-liquidatie" genoemd.

Curatoren die in lege faillissementen werden benoemd stelden verzet in van vonnissen waarbij zij tot curator werden aangesteld. Artikel 10 lid 1 Fw, dat de grondslag is voor de mogelijkheid om verzet in te stellen, bepaalt dat elke schuldeiser (met uitzondering van hem die de faillietverklaring heeft verzocht) en elke belanghebbende tegen de faillietverklaring verzet kan instellen gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak. In veel gevallen leidde een dergelijk door de curator ingesteld verzet tot vernietiging van het faillissementsvonnis. Zie onder meer het vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 maart 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:2569), waarin deze rechtbank na door een curator ingesteld verzet oordeelde dat de directie naar redelijkheid niet had kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turbo-liquidatie en dat zij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid maakte.

Dat niet te snel de conclusie mag worden getrokken dat er sprake is van een lege boedel, blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 21 mei 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:3321), waarin de rechtbank het door de curator ingestelde verzet afwees, omdat de gefailleerde houdster was van alle aandelen in twee (niet meer actieve)

werkmaatschappijen (met potentieel enige waarde). Ook was van belang dat er sprake was van debiteurenvorderingen in die werkmaatschappijen, waarvan de opbrengst vervolgens op basis van een managementovereenkomst ("via-via") weer ten goede zou kunnen komen aan gefailleerde. Alhoewel de conclusie uiteindelijk zou kunnen zijn dat de boedel leeg zou blijven, het was namelijk niet zeker dat de genoemde geldstromen op gang zouden komen, waren er voldoende aanknopingspunten om tot de vaststelling te komen dat het doen van eigen aangifte in deze situatie *geen* misbruik van recht opleverde. Het stond immers niet voor 100% vast dat de boedel leeg zou blijven.

Dat lagere rechters op inhoudelijke gronden tot uiteenlopende oordelen zijn gekomen (immers: hoe leeg is leeg?) is niet opzienbarend, nu de casus ook uiteenliepen. Wat wel opzienbarend is, is dat de rechters van mening verschillen over de vraag of het überhaupt mogelijk is voor de curator om verzet in te stellen, uitsluitend op grond van het feit er sprake is van een volstrekt lege vennootschap. Naast uitspraken waarin rechters oordeelden dat de curator wel bevoegd tot en ontvankelijk was in het verzet en het verzet ook (op inhoudelijke gronden) gehonoreerd werd (zie het hiervoor genoemde voorbeeld), zijn er ook rechters die tot de tegenovergestelde conclusie zijn gekomen.

Een voorbeeld is de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 1 mei 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:2306) waarin de curator wel als belanghebbende werd aangemerkt (want hij was uiteraard boedelschuldeiser), maar het verzet toch werd afgewezen, omdat de rechtbank niet relevant vond of er al dan niet baten aanwezig waren. De rechtbank oordeelde dat het systeem van de Faillissementswet geen ruimte laat het verzet gegrond te verklaren op andere gronden dan het criterium voor faillietverklaring uit artikel 1 Fw, namelijk dat de gefailleerde vennootschap is opgehouden met het betalen van zijn schulden. Die ruimte was er volgens de andere (eerder genoemde) rechtbanken blijkbaar wel!

Ook over de vraag of de curator überhaupt als belanghebbende kan worden aangemerkt, lopen de oordelen uiteen. Zo oordeelde de rechtbank Rotterdam reeds op 9 november 1982 (NJ 1983, 427) dat "de curator geen belanghebbende is bij verzet tegen faillietverklaring, aangezien hij - anders dan ten gevolge van het vonnis waarbij hij tot curator is benoemd - niet tot de gefailleerde in enige rechtsbetrekking staat". De laatste jaren oordelen rechters vaker dat de curator wel als belanghebbende moet worden aangemerkt. Bij gebreke van een uitspraak van de Hoge Raad bleef echter onduidelijkheid bestaan. Om hieraan een einde te maken, legde de rechtbank Overijssel op basis van artikel 392 Rv de navolgende twee prejudiciële vragen voor aan de Hoge Raad:

*"1. Kan de curator q.q. [qualitate qua, in zijn hoedanigheid van curator, FS] worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 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 actief valt te verwachten?"*

### **Hoge Raad**

Zoals hiervoor aangegeven, hebben rechters in het verleden uiteenlopend geoordeeld over deze vragen. De wet bepaalt op zichzelf duidelijk dat "elke belanghebbende" verzet kan instellen. Maar is de curator wel belanghebbende? En past het bij zijn rol om verzet in te

stellen? De Hoge Raad heeft inmiddels op deze vragen op 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3636) een antwoord gegeven

Advocaat-generaal bij de Hoge Raad mr. L. Timmerman gaat in zijn lezenswaardige conclusie bij de prejudiciële beslissing (ECLI:NL:PHR:2015:2336) uitgebreid in op deze materie. Zo behandelt hij het feit dat het instellen van verzet niet staat genoemd in artikel 68 Fw, dat de taken van de curator beschrijft. Daarnaast zou het instellen van verzet volgens sommigen afbreuk doen aan de "neutrale" rol van de curator. Ook verwijst hij naar jurisprudentie en literatuur (zie voetnoot 19 van de conclusie), waaruit zou moeten blijken dat het begrip belanghebbende ruim zou moeten worden uitgelegd: *"belanghebbende in de zin van dit artikel is diegene die, ofschoon geen schuldeiser, in enige rechtsbetrekking tot de schuldenaar staat."* A-G Timmerman ziet op basis van dit alles geen reden om de mogelijkheid om verzet in te stellen aan de curator te ontnemen. Hij concludeert dan ook dat de curator belanghebbende is en (zijn neutrale/onafhankelijke rol in ogenschouw genomen) in verzet kan komen. De vernietiging van het faillissementsvonnis kan volgens de A-G wel pas na voldoende grondig en afgerond onderzoek van de curator geschieden, mits uit dit onderzoek blijkt dat er geen baten zijn en er geen enkele aanleiding is om te verwachten dat er boedelactief zal worden gerealiseerd.

De Hoge Raad gaat bij de beantwoording van de vragen allereerst (zoals ook de A-G) in op het belanghebbende-begrip, constateert dat de wet dit begrip niet definieert en daarom *"uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen [moet] worden afgeleid."*

De Hoge Raad legt dit vervolgens aan de hand van een arrest uit 2006 (HR 10 november 2006, (ECLI:NL:HR:2006 AY8290), NJ 2007/45) verder uit:

*"Daarbij zal een rol spelen in hoeverre de betrokkene door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre hij anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen, het entameren daarvan daaronder begrepen."*

De vraag is dus of de curator een belang heeft dat geraakt wordt door de procedure en dus bescherming behoeft of dat er anderszins sprake is van nauwe betrokkenheid.

Volgens de Hoge Raad lijdt het geen twijfel dat het belang van de curator gemoeid is met de mogelijkheid verzet tegen de faillietverklaring te doen:

*"hij 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 toepassing wordt gegeven aan art. 16 lid 1 Fw, [opheffing wegens gebrek aan baten, FS] en wel zonder dat hij enig uitzicht heeft op een beloning of zelfs maar vergoeding van de te maken kosten. Hij is bovendien vanaf het moment dat hij is benoemd en met zijn werkzaamheden een aanvang heeft gemaakt, als boedelcrediteur aan te merken, waarmee hij in een rechtsbetrekking tot de schuldenaar komt te staan."*

De Hoge Raad bespreekt ook de mogelijkheid voor de curator om zeer spoedig na zijn aanstelling een verzoek aan de rechter-commissaris te doen om het faillissement weer op te heffen (artikel 16 Fw). De curator is niet verplicht om die weg te bewandelen (en dus verzet achterwege te laten), nu met die weg volgens de Hoge Raad in de regel meer tijd en werkzaamheden (en dus meer onverhaalbare kosten) gemoeid zijn dan met vernietiging van de faillietverklaring in een verzetprocedure.

De Hoge Raad sluit af met de beslissing dat de curator - uit eigen hoofde - als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw is aan te merken en verzet kan doen tegen de faillietverklaring, indien hij dat verzet doet op grond van de onderbouwde stelling dat de boedel (nagenoeg) geen baten bevat en baten ook niet te verkrijgen of anderszins te verwachten zijn. Eventuele vorderingen van de boedel op derden op grond van pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid dienen uitdrukkelijk in die beschouwing te worden meegenomen. De rechter die het verzet behandelt zal zich volgens de Hoge Raad moeten overtuigen van de juistheid van de aan het verzet van de curator ten grondslag te leggen stellingen omtrent de staat van de boedel, zulks op basis van door de curator verricht onderzoek.

### **Conclusie**

Een faillissement dient om het vermogen van de gefailleerde vennootschap te verdelen onder diens schuldeisers. Indien er geen vermogen meer is, is er ook geen rol voor een curator weggelegd. Lege vennootschappen dienen dan ook niet te worden "opgeruimd" door middel van faillissement, maar gewoon via de weg van de turbo-liquidatie (artikel 2:19 BW).