OR ONDERNEMINGSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Curatorenverzet in geval van een lege boedel.

mr. dr. S. Renssen

Annotatie bij Hoge Raad, 18-12-2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (OR-2016-0015, INS-2016-0013)

In deze bijdrage staat de door de rechtspraktijk gezochte oplossing voor de legeboedelproblematiek centraal: het curatorenverzet ingevolge artikel 10 Fw. De Hoge Raad heeft zich onlangs uitgesproken over deze gangbare praktijk. Het is echter niet aan de Hoge Raad maar aan de wetgever om in dezen een oplossing te bieden.

1 Inleiding

Steeds vaker worden curatoren geconfronteerd met een benoeming in een faillissement waarin weinig tot niets valt te vereffenen. Dergelijke faillissementen kunnen ingevolge artikel 16 lid 1 van de Faillissementswet (Fw) worden voorgedragen voor opheffing bij gebrek aan baten. Volgens de laatst bekende cijfers bij het CBS (2011) werd dat jaar ongeveer 65% van de (beëindigde) faillissementen opgeheven wegens gebrek aan baten.[1] Voor de onbetaald gebleven curator is een dergelijke wijze van beëindiging slecht nieuws. Op grond van artikel 16 lid 2 Fw worden bij opheffing weliswaar de faillissementskosten – en dus ook het salaris van de curator – ten laste van de schuldenaar gebracht, maar hiermee is de curator veelal niet geholpen, omdat de schuldenaar vaak geen verhaal biedt.[2] Hoewel in de loop der jaren verschillende oplossingsvoorstellen zijn gedaan,[3] is tot op heden door de wetgever geen concrete oplossing geboden voor de legeboedelproblematiek. Als gevolg van deze leemte in de wet is door curatoren die zich geconfronteerd zagen met (nagenoeg) lege boedels een oplossing gezocht. Zij lijken deze oplossing te hebben gevonden in artikel 10 lid 1 Fw: de mogelijkheid tot aantekenen van verzet tegen een faillietverklaring van een schuldenaar met (nagenoeg) geen baten.

Naar aanleiding van deze in de rechtspraktijk gevonden oplossing zijn door de Rechtbank Overijssel twee prejudiciële vragen voorgelegd aan de Hoge Raad,[4] die recentelijk zijn beantwoord.[5] Het betrof een door de benoemde curator aangetekend verzet tegen de op eigen aangifte van de bestuurder (en enig aandeelhouder) failliet verklaarde vennootschap. Volgens de curator levert de aangifte tot eigen faillietverklaring misbruik van bevoegdheid op, nu in de vennootschap geen baten meer aanwezig waren en ook niet te verwachten vielen. Bij de Rechtbank Overijssel rezen de vragen of de curator q.q. kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw en of hij gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol in verzet kan komen tegen een faillissementsvonnis, waarbij hij constateert dat er geen actief is of actief valt te verwachten, die zij aan de Hoge Raad voorlegde.

De beantwoording van deze vragen zal in deze bijdrage centraal staan.

Bovendien vormt het arrest van de Hoge Raad – mede vanwege de overwegingen van A-G Timmerman[6] en de Hoge Raad daaromtrent – aanleiding om in te gaan op de vraag op welke wijze het verzet, ingediend door de curator die wordt geconfronteerd met een lege boedel, dient te worden beoordeeld. Daarbij komen de volgende aspecten aan bod: (1) de vraag of aangifte tot eigen faillietverklaring in geval van een lege boedel misbruik van bevoegdheid oplevert, (2) de met de legeboedelproblematiek verband houdende praktijk van toepassing van de turboliquidatie in gevallen waarin vennootschappen slechts schulden hebben, en (3) de ontbinding als schijnalternatief.

2 De beantwoording van de prejudiciële vragen

De zaak die in deze bijdrage centraal staat,[7] betrof een door de benoemde curator aangetekend verzet tegen de op eigen aangifte van de bestuurder (en enig aandeelhouder) failliet verklaarde vennootschap. Volgens de curator zou de eigen aangifte tot faillietverklaring misbruik van bevoegdheid opleveren, omdat in de betreffende vennootschap geheel geen baten (meer) aanwezig waren. Aan zijn standpunt legt de curator ten grondslag dat er geen inbare debiteuren waren, noch enig ander vermogensactief. Voorts was er volgens de curator geen aanwijzing dat de boedel vergroot kon worden, bijvoorbeeld uit hoofde van de faillissementspauliana en/of een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De directeur-grootaandeelhouder had geen belang bij het doen van aangifte tot eigen faillietverklaring, aldus de curator. Laatstgenoemde had daarentegen wel een belang om verschoond te blijven van een faillissement, waarin op voorhand vaststond dat alle kosten voor zijn rekening zouden komen. Bovendien zou de schuldenlast van de vennootschap slechts toenemen als gevolg van de werkzaamheden van de curator en was het waarschijnlijk dat de curator wegens gebrek aan baten en oplopende faillissementskosten het faillissement zo snel mogelijk zou voordragen voor opheffing in de zin van artikel 16 Fw.

De rechtbank zag zich allereerst gesteld voor de vraag of de curator ontvankelijk is in zijn verzet. Ter beantwoording van deze vraag is artikel 10 lid 1 Fw relevant. In voormeld artikel is bepaald dat iedere schuldeiser, met uitzondering van hem die de faillietverklaring heeft verzocht, en iedere belanghebbende recht van verzet heeft tegen de faillietverklaring gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak. De lagere rechtspraak was ten tijde van de beschikking van de rechtbank verdeeld over de vraag of de curator kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw.[8]

Daarenboven rijst de vraag of het instellen van verzet tegen een faillietverklaring niet op gespannen voet staat met het onzijdige karakter van de curator in een faillissement, aldus de rechtbank.[9] De rechtbank noemt hier enige mogelijke bezwaren. Indien de curator verzet instelt, heeft hij de vernietiging van het faillissement voor ogen, terwijl hij tegelijkertijd neutraal over de stand van de boedel dient te rapporteren. Bovendien behoort het instellen van verzet tegen faillissementen met lege boedels niet tot de in artikel 68 Fw omschreven taak van de curator. Tot slot zou kunnen worden gesteld dat de curator ten tijde van faillietverklaring nog geen boedelschuldeiser of belanghebbende is.

De rechtbank legt met het oog op de gerezen vragen 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 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?

Door A-G Timmerman worden – nadat hij is ingegaan op de legeboedelproblematiek – beide vragen bevestigend beantwoord.[10] Ter beantwoording van de eerste vraag wijst Timmerman op een tweetal arresten van de Hoge Raad. Of iemand belanghebbende is, moet voor elke verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid, aldus de Hoge Raad.[11] Daarbij speelt een rol 'in hoeverre de betrokkene door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre deze 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'.[12] Vervolgens wordt een en ander toegepast op artikel 10 lid 1 Fw, op grond waarvan iedere schuldeiser (behalve degene die het faillissement heeft aangevraagd) en iedere belanghebbende het recht van verzet tegen faillietverklaring heeft. Belanghebbende in de zin van voormeld artikel is degene die in enige rechtsbetrekking tot de schuldenaar staat.[13]

Thans is het uitgangspunt dat de curator belanghebbende kan zijn.[14] Timmerman kan zich vinden in deze heersende opvatting. Volgens hem kan de curator er belang bij hebben in rechte op te komen tegen een rechterlijke beslissing die er mogelijk toe leidt dat hij werkzaamheden zal dienen te verrichten zonder daarvoor de vergoeding te ontvangen waarop hij recht heeft.[15] De door de Rechtbank Overijssel genoemde bezwaren brengen Timmerman niet tot het oordeel dat de curator geen belanghebbende kan zijn. De neutrale rol van de curator lijkt Timmerman niet aan het verzetrecht van de curator in de weg te staan, nu het niet ongewenst is dat de curator een faillissementsprocedure die weinig zin heeft, omdat er niets valt uit te keren, snel poogt te beëindigen. Het feit dat het instellen van verzet niet tot de in artikel 68 Fw omschreven taak van de curator behoort, is niet relevant, aldus Timmerman. Het voorgaande brengt niet mee dat de curator geen gerechtvaardigd belang kan hebben om zich tegen een faillissement te verzetten.

Tot slot stelt Timmerman dat het zijns inziens geen probleem is dat de curator nog geen boedelschuldeiser of belanghebbende is ten tijde van de faillietverklaring; na zijn aanstelling is de curator dat wel.[16]

Daarna gaat Timmerman in op het onderscheid tussen het belang van de curator 'pro se' en het belang van de curator 'q.q.' Volgens Timmerman gaat het in onderhavige zaak en soortgelijke gevallen (zaken waarin door de curator verzet wordt ingesteld vanwege een lege boedel) om het belang van de curator q.q., nu het belang van de curator nauw verbonden is met zijn aanstelling als curator.[17] Hij vervolgt dat de curator ook een belang pro se heeft; de curator 'ervaart immers de gevolgen van het niet betaald krijgen uiteindelijk voor zichzelf'.[18] Nadat Timmerman kort ingaat op het belang van de curator om op grond van artikel 10 lid 1 Fw verzet in te stellen in plaats van de weg van artikel 16 Fw te volgen – zijnde een mogelijke tijd- en kostenbesparing – beantwoordt hij de prejudiciële vragen bevestigend:

'De faillissementscurator q.q. die op grond van art. 10 Fw verzet aantekent op grond van de stelling dat de boedel geen of vrijwel geen actief bevat en dat actief ook niet te verwachten valt, kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van dat artikel. De neutrale en onafhankelijke rol van de curator verzet zich daartegen niet."[19]

Net als Timmerman maakt de Hoge Raad bij de 'beantwoording' van de prejudiciële vragen een onderscheid tussen het belang van de curator 'pro se' en het belang van de curator 'q.q.' De Hoge Raad vangt zijn beantwoording aan met de overweging dat niet aan twijfel onderhevig is dat het belang van de curator met de mogelijkheid van verzet tegen de faillietverklaring is gemoeid, aangezien de curator als gevolg van zijn benoeming geconfronteerd wordt '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, en wel zonder dat hij enig uitzicht heeft op een beloning of zelfs maar vergoeding van de te maken kosten'.[20] Bovendien komt de curator vanaf het moment dat hij is benoemd en met zijn werkzaamheden een aanvang heeft gemaakt, in een rechtsbetrekking tot de failliet te staan, aangezien hij vanaf dan als boedelschuldeiser is aan te merken. Dat de curator zich op een neutrale en onafhankelijke wijze van zijn taak dient te kwijten, verhindert niet dat hij tot de slotsom kan komen dat de vennootschap geen activa bezit en dat die in faillissement ook niet te verwachten zijn, aldus de Hoge Raad.

In mijn ogen opmerkelijk is de volgende rechtsoverweging van de Hoge Raad.[21] De Hoge Raad merkt terecht op dat de door de Rechtbank Overijssel gestelde prejudiciële vragen betrekking hebben op de positie van de curator in zijn hoedanigheid, de curator q.q. Desondanks vervolgt de Hoge Raad met de opmerking dat het hiervoor in r.o. 4.3.2 geschetste belang van de curator diens persoonlijk belang (pro se) is. De omstandigheid dat de curator dat belang slechts heeft als gevolg van de omstandigheid dat hij tot curator is benoemd, doet daar niets aan af. De curator doet het verzet dus uit eigen hoofde, aldus de Hoge Raad:

'Het antwoord op de gestelde vragen luidt derhalve dat, indien een rechtspersoon op eigen aangifte is failliet verklaard, de curator – uit eigen hoofde – als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw is aan te merken en verzet kan doen tegen de faillietverklaring, indien hij dat verzet doet op grond van de stelling dat de boedel (nagenoeg) geen baten bevat en baten ook niet te verkrijgen of anderszins te verwachten zijn.'[22]

In mijn ogen beantwoordt de Hoge Raad hiermee de door de Rechtbank Overijssel gestelde vragen niet. Deze vragen hebben immers betrekking op de positie van de curator in zijn hoedanigheid, zoals de Hoge Raad ook beaamde. Het door de Hoge Raad geformuleerde antwoord ziet echter niet op de curator q.q., maar op de curator pro se. Het onderscheid tussen de curator q.q. en de curator pro se is mijns inziens van belang, omdat de curator verschillende posities inneemt. In het eerste geval is de curator gerechtelijk bewindvoerder, die in hoedanigheid en onpartijdig handelt. In het tweede geval is de curator te beschouwen als individuele schuldeiser van de failliete boedel. Bovendien dienen de twee prejudiciële vragen mijns inziens separaat te worden beantwoord, niet gezamenlijk, zoals Timmerman en de Hoge Raad deden.

2.1 De curator q.q. als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw

Wat betreft de vraag of de curator q.q. kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw sluit ik me gaarne aan bij het standpunt van Timmerman. Zoals ik reeds heb betoogd, kan de curator in zijn hoedanigheid als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 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 zullen worden vergoed.[23] Dit brengt mee dat de curator als (een van de) schuldeiser(s) onbetaald zal blijven. Hieruit volgt dat de curator pro se ook als belanghebbende kan worden aangemerkt; wanneer hij een onbetaald gebleven schuldeiser is, wordt hij immers benadeeld in zijn privévermogen. De Hoge Raad volgt eenzelfde redenering, maar concludeert vervolgens dat het de curator pro se is die als belanghebbende kan worden aangemerkt. Ik kan mij hier niet in vinden. De curator heeft het door de Hoge Raad geschetste belang slechts als gevolg van de omstandigheid dat hij tot curator is benoemd. Het is daarom naar mijn mening de curator in hoedanigheid die – in lijn met de redenering van de Hoge Raad – als belanghebbende als bedoeld in artikel 10 lid 1 Fw kan worden aangemerkt. De eigenlijke vraag – of de curator in zijn hoedanigheid als belanghebbende kan worden aangemerkt in de zin van artikel 10 lid 1 Fw – wordt door de Hoge Raad daarmee niet beantwoord.

2.2 De neutrale en onafhankelijke rol van de curator q.q.

Wat betreft de vraag of de curator q.q. gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol in verzet kan komen tegen een faillissementsvonnis, waarbij hij constateert dat er geen actief is of geen actief valt te verwachten, ben ik een andere mening toegedaan dan Timmerman. Volgens Timmerman verzet de neutrale en onafhankelijke rol van de curator zich niet tegen de mogelijkheid van de curator om in zijn hoedanigheid verzet aan te tekenen tegen een faillietverklaring op grond van de stelling dat de boedel geen of vrijwel geen actief bevat en actief ook niet te verwachten valt.[24] Mijns inziens kan de curator q.q. – juist gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol – in beginsel niet in verzet komen enkel op de grond dat er geen actief is of geen actief te verwachten valt. Ook al kan de curator q.q. als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw worden aangemerkt, de primaire taak van de curator belet hem in veel gevallen om een dergelijk verzet in te stellen. Op grond van artikel 68 Fw is zijn taak het beheren en het vereffenen van de failliete boedel.

Uit jurisprudentie volgt dat de curator daarbij primair in het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te handelen.[25] Het is een curator q.q. dus niet toegestaan om primair in zijn eigen belang te handelen. Uiteraard kunnen zich situaties voordoen waarin het zo snel mogelijk beëindigen van een faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. De verzettermijn van acht dagen is mijns inziens echter te kort om vast te kunnen stellen of dit het geval is.

Het zou anders liggen wanneer de curator pro se een verzet instelt in geval van een lege boedel. Net als andere schuldeisers of belanghebbenden mag hij immers zijn eigen persoonlijk belang behartigen. Dit is in grote lijnen in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad

overwoog in zijn prejudiciële beslissing. De Hoge Raad ging daarbij ook in op de neutrale en onafhankelijke rol van de curator en stelde dat deze niet verhindert dat de curator pro se tot de slotsom kan komen dat de vennootschap geen activa bezit en dat die in faillissement ook niet te verwachten zijn. Mijns inziens heeft de neutrale en onafhankelijke rol echter niets van doen met het belang van de curator pro se. De curator heeft deze rol immers slechts in zijn hoedanigheid van het curatorschap.

De curator verkeert naar mijn mening, indien hij verzet aantekent tegen een faillietverklaring omdat de boedel geen of vrijwel geen actief bevat en enig actief ook niet te verwachten is, in een tegenstrijdige positie. In zijn hoedanigheid mag hij – gelet op artikel 68 Fw en zijn neutrale en onafhankelijke positie – geen verzet instellen, terwijl hij uit eigen hoofde wel verzet mag instellen. Mijns inziens dient in een dergelijk geval de positie van de curator in zijn hoedanigheid zwaarder te wegen en mag de curator geen verzet instellen, tenzij het verzet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.

3 De inhoudelijke beoordeling van het curatorenverzet

Na bespreking van de prejudiciële vragen gaat Timmerman in op de inhoudelijke beoordeling van het curatorenverzet in de rechtspraak, waarna hij enige bouwstenen aandraagt ter beantwoording van de vraag op welke wijze het verzet, ingediend door de curator die wordt geconfronteerd met een lege boedel (voor zover de curator hierin ontvankelijk is), dient te worden beoordeeld. Daarbij beschrijft Timmerman twee stromingen die in de rechtspraak zijn te onderkennen. Enerzijds zijn er gevallen waarin de curator in het gelijk werd gesteld.[26] Volgens deze uitspraken levert aangifte tot eigen faillietverklaring in geval van een (nagenoeg) lege boedel misbruik van bevoegdheid op en zou gekozen moeten worden voor ontbinding van de vennootschap volgens Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW), al dan niet via de weg van artikel 2:19 lid 4 BW (de turboliquidatie). Het misbruik van bevoegdheid is gelegen in het feit dat er in dergelijke gevallen een onevenredigheid bestaat tussen het belang bij het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring en het belang van de curator om verschoond te blijven van een benoeming in een faillissement waarbij reeds op voorhand vaststaat dat de faillissementskosten – en dus het salaris van de curator – niet zouden kunnen worden voldaan. In sommige gevallen werd nog verder gegaan om het belang van de curator te beschermen. In deze uitspraken werd direct de aangifte tot eigen faillietverklaring afgewezen, gebruik makend van in hoofdlijnen dezelfde argumentatie als hierboven uiteengezet.[27]

Anderzijds zijn er enkele uitspraken waarin werd overwogen dat in de Fw het bestaan van (voldoende) baten niet als voorwaarde wordt gesteld voor faillietverklaring en dat deze eis ook niet kan worden gesteld.[28]

Volgens Timmerman kan een curatorenverzet in geval van een (nagenoeg) lege boedel gegrond worden verklaard, 'mits op basis van voldoende grondig en afgerond onderzoek door de curator kan worden vastgesteld dat er geen baten zijn en dat er geen enkele aanleiding is voor de verwachting dat alsnog boedelactief zal kunnen worden gegenereerd'.[29] Timmerman grondt zijn standpunt op drie argumenten. Allereerst wijst hij op het doel van het faillissement: 'het (op ordentelijke wijze) verdelen door de curator van het vermogen van de schuldenaar onder diens gezamenlijke schuldeisers'.[30] Uit het voorgaande volgt dat het faillissement veronderstelt dat er vermogen is dat verdeeld kan worden onder de schuldeisers, en gelet daarop is het volgens Timmerman niet verbazend dat er door sommige rechtbanken van uit wordt gegaan dat vennootschappen zonder vermogen niet in het faillissement thuishoren. Voorts wijst Timmerman op een arrest van de Hoge Raad, waarin werd overwogen 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.[31] Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat tot misbruik van bevoegdheid op bovenstaande gronden in beginsel slechts kan worden geconcludeerd in een hogerberoepsprocedure, omdat een dergelijke conclusie slechts kan worden getrokken na een onderzoek dat dient te geschieden met een grondigheid waarvoor de summiere behandeling van een verzoek tot faillietverklaring doorgaans niet de gelegenheid biedt.[32] Tot slot stelt Timmerman dat het hem niet onmogelijk voorkomt dat reeds ten tijde van het verzet (ondanks de korte verzettermijn van acht dagen) met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat er (nagenoeg) geen baten zijn.[33]

Timmerman sluit zijn inhoudelijke beoordeling af met de opmerking dat bij de beoordeling in de verzetprocedure de rechter mede kan betrekken dat de omstandigheid dat een vennootschap schulden heeft niet aan ontbinding op grond van artikel 2:19 lid 4 BW in de weg staat. Hij wijst daarbij op het feit dat artikel 2:19 lid 4 BW stelt dat de rechtspersoon ophoudt te bestaan indien er op het tijdstip van ontbinding geen baten meer zijn. Het ontbreken van schulden ten tijde van ontbinding lijkt door de wetgever dus niet als voorwaarde voor de turboliquidatie te worden gesteld en Timmerman ziet ook geen aanleiding om te veronderstellen dat de wetgever gewenst heeft deze voorwaarde te stellen, nu het dan voor de hand had gelegen dat deze voorwaarde expliciet zou zijn genoemd. Voorts wijst Timmerman erop dat het de heersende opvatting lijkt te zijn dat turboliquidatie niet is uitgesloten ingeval er ten tijde van ontbinding nog schulden bestaan.[34]

De Hoge Raad volgt de redenering van Timmerman: een door de curator gedaan verzet komt, 'in geval van een op eigen aangifte van een rechtspersoon uitgesproken faillietverklaring, slechts dan voor gegrondverklaring in aanmerking indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in

het faillissement, bijvoorbeeld met toepassing van art. 42 Fw of art. 2:9 BW, activa zullen kunnen worden gegenereerd'.[35] Daarbij merkt de Hoge Raad op dat de rechter zich zal moeten overtuigen van de juistheid van de aan het verzet van de curator ten grondslag te leggen stellingen omtrent de staat van de boedel. Daarbij is het de plicht van de curator om met de nodige grondigheid een onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van een vermogen van de schuldenaar. In de onderhavige zaak was – gelet op de omvang van de boedel – sprake van misbruik van bevoegdheid van aangifte tot eigen faillietverklaring. Derhalve had het bestuur van de vennootschap de weg van artikel 2:19 BW dienen te bewandelen, aldus de Hoge Raad.

Ik kan mij niet vinden in de conclusie van Timmerman, noch in de overwegingen van de Hoge Raad. Ik zal hieronder mijn standpunt toelichten ten aanzien van drie vraagstukken: het vraagstuk omtrent misbruik van bevoegdheid in geval van eigen aangifte tot faillietverklaring en een (nagenoeg) lege boedel (par. 3.1), de opvatting van Timmerman omtrent artikel 2:19 lid 4 BW, het bestaan van schulden ten tijde van turboliquidatie (par. 3.2), en de door de Hoge Raad voorgeschreven te bewandelen weg van artikel 2:19 BW (par. 3.3).

3.1 Eigen aangifte tot faillietverklaring in geval van een lege boedel: misbruik van bevoegdheid?

De eerste vraag waarbij ik stil wil staan, is of eigen aangifte tot faillietverklaring in geval van een (nagenoeg) lege boedel inderdaad misbruik van bevoegdheid oplevert. In de onderhavige zaken gaat het om misbruik van bevoegdheid overeenkomstig in artikel 3:13 lid 2 onder c BW genoemde misbruikgrond. Het misbruik zou zijn gelegen in de onevenredigheid tussen enerzijds het belang bij (de eigen aangifte tot) de faillietverklaring 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 niet zal kunnen worden voldaan.[36]

Zoals Timmerman ook aanhaalde in zijn conclusie, erkende de Hoge Raad 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.[37] Bovendien zal volgens de Hoge Raad een afwijzing van aangifte tot faillietverklaring op de grond dat sprake is van misbruik van bevoegdheid wegens een (nagenoeg) lege boedel in beginsel slechts in een hogerberoepsprocedure 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.[38]

In geval van een aangifte tot eigen faillietverklaring van een vennootschap met een 'lege' boedel *kan* volgens de Hoge Raad dus sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, waartoe in beginsel slechts in een hogerberoepsprocedure kan worden geconcludeerd. Overeenkomstig deze zienswijze van de Hoge Raad kan een aangifte tot eigen faillietverklaring niet direct worden afgewezen wegens een lege boedel, waartoe ook Timmerman concludeert.[39] Anders dan Timmerman en de Hoge Raad ben ik van mening dat ook in een verzetprocedure in beginsel niet kan worden geconcludeerd tot misbruik van bevoegdheid. Allereerst acht ik hier de strekking van een verzetprocedure van belang. Volgens de Hoge Raad is de strekking van de verzetprocedure dat een geding op tegenspraak in *dezelfde instantie* kan worden voortgezet.[40] Gelet op deze strekking van de verzetprocedure 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 vennootschap met een (nagenoeg) lege boedel.[41]

Bovendien kan volgens de Hoge Raad pas worden geconcludeerd tot misbruik van bevoegdheid in geval van een (nagenoeg) lege boedel, nadat de curator zijn onderzoek heeft verricht (dat dient te geschieden met een grondigheid waarvoor de summiere behandeling van een verzoek tot faillietverklaring doorgaans niet de gelegenheid biedt).[42] Volgens Timmerman is het goed mogelijk dat de curator een dergelijk onderzoek verricht binnen de verzettermijn van acht dagen en dat ten tijde van het verzet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat er (nagenoeg) geen baten zijn. De curator zal de rechter er daarom van moeten overtuigen dat er geen baten zijn en dat er geen enkele aanleiding is voor de verwachting dat alsnog actief zal kunnen worden gegenereerd, waarbij de rechter zich daarvan niet te snel moet laten overtuigen, aldus Timmerman[43] Het voorgaande is in mijn ogen slecht te rijmen met hetgeen Timmerman overweegt betreffende de 'normale route' van artikel 16 lid 1 Fw (opheffing bij gebrek aan baten), die zou moeten worden gevolgd in geval van een faillietverklaring van een vennootschap met (nagenoeg) geen baten.[44] Bij zijn uiteenzetting over de legeboedelproblematiek geeft Timmerman aan dat faillissementen zonder boedelactief – of met te weinig baten om de faillissementskosten te voldoen – naar zijn indruk doorgaans na zes tot negen maanden worden voorgedragen voor opheffing wegens gebrek aan baten.[45] Hoe is het dan mogelijk dat een curator – gelet op het voorgaande – binnen acht dagen een dermate grondig onderzoek heeft afgerond dat hij tot de conclusie kan komen dat een failliete vennootschap niet over (te verwachten) baten beschikt? Wanneer dit mogelijk zou zijn, zouden faillissementen zonder boedelactief – of met te weinig actief om de faillissementskosten te voldoen – dan niet in overwegende mate reeds na om en nabij acht dagen worden voorgedragen voor opheffing bij gebrek aan baten, in plaats van de door Timmerman geopperde zes tot negen maanden?

3.2 Turboliquidatie in plaats van faillissement?

Volgens Timmerman staat de omstandigheid dat een vennootschap schulden heeft niet aan ontbinding op grond van artikel 2:19 lid 4 BW in de weg. Dit lijkt volgens Timmerman ook de heersende opvatting in de literatuur te zijn.[46] Inmiddels is het ook een gangbare praktijk dat vennootschappen met alleen schulden worden ontbonden door middel van de turboliquidatie. Deze gangbare praktijk ondervindt steun in de (lagere) rechtspraak.[47] Zoals ik reeds verschillende keren heb bepleit, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om toepassing van de turboliquidatie ingeval er nog schulden ten tijde van ontbinding bestaan, mogelijk te maken.[48] Ik baseer mijn visie enerzijds op de nadelige consequenties van de heersende opvatting dat vennootschappen met slechts schulden kunnen worden ontbonden door middel van de turboliquidatie en anderzijds op de bedoeling van de wetgever.

Wanneer het toegestaan is vennootschappen die (nagenoeg) geen baten maar wel schulden hebben, te ontbinden door toepassing van artikel 2:19 lid 4 BW, wordt aan fraudeurs een eenvoudige mogelijkheid geboden om te voorkomen dat vennootschappen failliet gaan. Op deze wijze wordt namelijk vermeden dat een gedegen onderzoek naar de financiële administratie van de vennootschap wordt gedaan, alsook naar mogelijkheden het bestuur persoonlijk aan te spreken. Bovendien zullen fraudeurs door de aandacht die de overheid met het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht[49] Het tweede wetsvoorstel ziet op de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod (Kamerstukken 34011). Met het derde wetsvoorstel wordt de invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator beoogd (Kamerstukken 34253). thans vestigt op de bestrijding van faillissementsfraude een faillissement ook willen voorkomen, en de turboliquidatie biedt hun daartoe een gelegenheid. Wanneer fraudeurs toewerken naar een turboliquidatie om een faillissement te voorkomen, worden schuldeisers gedupeerd. Na toepassing van de turboliquidatie houdt de vennootschap op te bestaan en zullen de restantvorderingen op de vennootschap in beginsel onbetaald blijven. De enige mogelijkheid die schuldeisers rest, is een vordering tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c lid 1 BW. De schuldeisers dragen in een dergelijke procedure de bewijslast omtrent het bestaan van baten, hetgeen de schuldeisers in een benarde positie brengt. Schuldeisers hebben op grond van artikel 2:24 lid 4 BW niet de bevoegdheid om de administratie van de vennootschap te raadplegen. Daarnaast is het bestuur niet verplicht om over het laatste verkorte boekjaar een jaarrekening op te maken.[50] Bovendien wordt een herleving van een turbogeliquideerde vennootschap niet ingeschreven in het handelsregister noch op andere wijze bekendgemaakt. Dit heeft tot gevolg dat degenen die de procedure ex artikel 2:23c lid 1 BW niet zijn gestart, mogelijk niet op de hoogte zijn van de herleving en daarmee ook niet van de mogelijkheid om de betreffende vennootschap in rechte te

betrekken. Timmerman onderkent deze moeilijkheden en geeft aan dat wijzigingen teneinde de positie van de schuldeisers te versterken, waardevol zijn.[51]

Bovendien lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om artikel 2:19 lid 4 BW te kunnen toepassen ten aanzien van vennootschappen die nog schulden hebben. Het eigenlijke doel van het wetsvoorstel waarmee in 1994 een vierde lid aan artikel 2:19 BW werd toegevoegd, was de invoering van de mogelijkheid tot ontbinding van rechtspersonen door de Kamer van Koophandel (art. 2:19a BW). De intentie van de minister daarbij was mede het voorkomen van misbruik van lege vennootschappen. Uit de parlementaire toelichting op artikel 2:19 lid 4 BW volgt slechts dat het artikel is ingevoerd voor situaties waarin niets meer te vereffenen valt.[52] Verder wordt er in de parlementaire stukken niets geschreven over de beweegredenen achter de invoering van artikel 2:19 lid 4 BW noch over het al dan niet bestaan van schulden ten tijde van ontbinding. Zoals hierboven uiteengezet, bevordert de mogelijkheid tot turboliquidatie in situaties waarin de betreffende vennootschap nog schulden heeft misbruik/oneigenlijk gebruik van de turboliquidatie, terwijl het voorkomen van misbruik juist een van de doelstellingen van de minister was bij de invoering van artikel 2:19a en 2:19 lid 4 BW.

Mijns inziens is de mogelijkheid tot turboliquidatie dan ook slechts bedoeld voor situaties waarin een vennootschap baten noch schulden heeft ten tijde van ontbinding en dient de wettekst van artikel 2:19 lid 4 BW te worden aangepast.[53]

3.3 Ontbinding in plaats van faillissement: een schijnalternatief

In de in deze bijdrage centraal staande zaak had het bestuur – in plaats van aangifte tot eigen faillietverklaring – de weg van artikel 2:19 BW dienen te bewandelen, aldus de Hoge Raad. Deze overweging van de Hoge Raad komt mij vreemd voor, aangezien de ontbinding van de vennootschap ingevolge artikel 2:19 BW slechts een schijnalternatief is wanneer er – zoals ik in de vorige paragraaf heb bepleit – van uit wordt gegaan dat vennootschappen die ten tijde van ontbinding nog schulden hebben, niet kunnen worden ontbonden door middel van de turboliquidatie ex artikel 2:19 lid 4 BW.[54] Wanneer een vennootschap met (nagenoeg) geen baten maar wel schulden wordt ontbonden zonder dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van artikel 2:19 lid 4 BW, blijft de betreffende vennootschap na ontbinding voortbestaan (art. 2:19 lid 5 BW). Na het ontbindingsbesluit zal een vereffeningsprocedure volgen, waarbij de vereffenaar (veelal het bestuur van de vennootschap) verplicht is aangifte tot faillietverklaring te doen indien hem blijkt dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, aldus artikel 2:23a lid 4 BW. Wanneer binnen een (nagenoeg) lege vennootschap een besluit tot ontbinding ex artikel 2:19 BW wordt genomen in plaats van een besluit tot aangifte tot eigen faillietverklaring, zal dus ook het ontbindingsbesluit uiteindelijk resulteren

in een faillissement, waarmee de ontbinding slechts een schijnalternatief is.

4 Samenvattend

In Nederland heerst de legeboedelproblematiek: het merendeel van de faillissementen wordt beëindigd door middel van opheffing wegens gebrek aan baten, waarbij het salaris van de curator geheel dan wel gedeeltelijk onbetaald blijft. De wetgever heeft tot op heden geen concrete oplossing geboden. Als gevolg van deze leemte in de wet is door curatoren die zich geconfronteerd zagen met (nagenoeg) lege boedels een oplossing gezocht in artikel 10 lid 1 Fw: de mogelijkheid tot aantekenen van verzet tegen een faillietverklaring van een schuldenaar met (nagenoeg) geen baten. Naar aanleiding van deze inmiddels gangbare rechtspraktijk heeft de Rechtbank Overijssel aan de Hoge Raad de vragen voorgelegd of de curator q.q. kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw en of hij gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol in verzet kan komen tegen een faillissementsvonnis, waarbij hij constateert dat er geen actief is of actief valt te verwachten. In zijn conclusie beantwoordt Timmerman beide vragen bevestigend. Wat betreft de eerste vraag ben ik het met Timmerman eens: de curator kan in zijn hoedanigheid als belanghebbende in de zin van artikel 10 lid 1 Fw worden aangemerkt, omdat het uitspreken van het faillissement van invloed is op zijn positie. Wat betreft de beantwoording van de tweede vraag ben ik een andere mening toegedaan. Mijns inziens kan de curator q.q. – juist gelet op zijn neutrale en onafhankelijke rol – niet in verzet komen enkel op de grond dat er geen actief is of geen actief te verwachten valt. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de door de Rechtbank Overijssel gestelde vragen eigenlijk onbeantwoord laat. De vragen van de rechtbank hebben betrekking op de positie van de curator in zijn hoedanigheid, terwijl het door de Hoge Raad geformuleerde antwoord ziet op de positie van de curator pro se.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad – in navolging van Timmerman – op welke wijze het verzet, ingediend door de curator die wordt geconfronteerd met een lege boedel, dient te worden beoordeeld. In geval van een op eigen aangifte van een vennootschap uitgesproken faillietverklaring komt een curatorenverzet slechts voor gegrondverklaring in aanmerking indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in het faillissement activa zullen worden kunnen gegenereerd. De Hoge Raad sluit af met de overweging dat in dergelijke situaties aangifte tot eigen faillietverklaring misbruik van bevoegdheid oplevert en de weg van artikel 2:19 BW bewandeld had dienen te worden. In mijn ogen kan in een verzetprocedure op de grond dat de boedel (nagenoeg) leeg is, niet tot misbruik worden geconcludeerd, gelet op enerzijds de korte verzettermijn (acht dagen) en anderzijds de strekking van de verzetprocedure. Ook in de overweging dat de weg van artikel 2:19 BW in dergelijke situaties bewandeld dient te worden, kan ik mij niet vinden. Mijns inziens kan ingeval er ten tijde van ontbinding nog schulden

bestaan, niet worden ontbonden door toepassing van de turboliquidatie. Daarenboven is de ontbinding met een daaropvolgende vereffeningsprocedure slechts een schijnalternatief gelet op artikel 2:23a lid 4 BW.

Gelet op de nadelige consequenties van de thans gangbare praktijk bij lege boedels dient de wetgever zo snel mogelijk met een oplossing voor de legeboedelproblematiek te komen.

Noten

[1] Van de 8179 beëindigde faillissementen werden er 5599 opgeheven door gebrek aan baten (CBS StatLine).

[2] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.2.

[3] Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 41; M.J.M. Franken (red.), Rapport beloning curatoren (INSOLAD 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 34-38; Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 37-38.

[4] Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323.

[5] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636.

[6] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336.

[7] Rb. Overijssel 11 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2323.

[8] Zie voor een bevestigend antwoord o.a. Hof Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4610, Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2052, JOR 2014/195 m.nt. Beckers en Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2569, JOR 2015/182 m.nt. School (zie voor een volledige opsomming conclusie A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2015:2336, noot 23). Zie voor een ontkennend antwoord Rb. Amsterdam 18 februari 1998, TvI 1998/9 en Rb. Rotterdam 9 november 1982, ECLI:NL:RBROT:1982:AC1091, NJ 1983/472.

[9] Zie ook Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2569, JOR 2015/182 m.nt. School.

[10] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.15.

[11] HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, NJ 1992/149 m.nt. Maeijer.

[12] HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, NJ 2007/45 m.nt. Maeijer.

[13] Hof Den Haag 20 mei 1931, NJ 1932, p. 36.

[14] Zie noot 8.

[15] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.10.

[16] R.o. 3.11.

[17] Zie ook Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2569, JOR 2015/182 m.nt. School.

[18] Zie ook noot van Loesberg bij Rb. Rotterdam 13 maart 2012, JOR 2012/374.

[19] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.15.

[20] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, r.o. 4.3.2.

[21] R.o. 4.4.

[22] R.o. 4.5.

[23] S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 131), Deventer: Kluwer 2016, p. 63.

[24] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.15.

[25] HR 4 december 1963, NJ 1964/144.

[26] Zie o.a. Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2052, JOR 2014/195 m.nt. Beckers, Rb. Rotterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1570, Rb. Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1976 en Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2569, JOR 2015/182 m.nt. School.

[27] Rb. Den Haag 4 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3687; Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2548; Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2522; Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427.

[28] Hof Leeuwarden 7 april 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR4993; Rb. Noord-Nederland 1 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2306.

[29] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.39.

[30] R.o. 3.21, waarbij Timmerman verwijst naar: HR 22 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3883; N.J. Polak & M. Pannevis, Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2014, p. 11; R.D. Vriesendorp,

Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 136.

[31] HR 10 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4358, NJ 1975/267 m.nt. Wachter.

[32] Zie ook HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, NJ 2001/249 m.nt. Van Schilfgaarde.

[33] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.26.

[34] R.o. 3.35.

[35] HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, r.o. 4.7.1.

[36] Zie ook S. Renssen, Aangifte of aanvraag van een opheffertje, misbruik van bevoegdheid?, TvI 2015, afl. 6, p. 37.

[37] HR 10 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4358, NJ 1975/267 m.nt. Wachter.

[38] HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, NJ 2001/249 m.nt. Van Schilfgaarde.

[39] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.25.

[40] HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473, NJ 2015/320 m.nt. Verstijlen.

[41] Renssen 2016, p. 61-62.

[42] HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, NJ 2001/249 m.nt. Van Schilfgaarde.

[43] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.26.

[44] R.o. 3.13.

[45] R.o. 3.2.

[46] R.o. 3.35. Zie noot 72 van de conclusie van Timmerman voor een opsomming van de door hem aangehaalde literatuur.

[47] Zie o.a. Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2052, JOR 2014/195 m.nt. Beckers, Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2548, Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427, Rb. Rotterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1570, Rb. Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1976, Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2569, JOR 2015/182 m.nt. School en Hof Den Haag 2 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1846.

[48] S. Renssen, Een BV in zwaar weer: turboliquidatie of faillissementsaanvraag?, OR 2014/121, p. 617-620; Renssen 2015, p. 35-39; Renssen 2016, p. 52-63.

[49] Een van de pijlers waarop het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht berust, is fraudebestrijding. Daartoe zijn inmiddels drie wetsvoorstellen ingediend bij de Tweede Kamer. Het eerste wetsvoorstel beoogt een herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht (Kamerstukken 33994). Het tweede wetsvoorstel ziet op de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod (Kamerstukken 34011). Met het derde wetsvoorstel wordt de invoering van een fraudebestrijdende taak voor de curator beoogd (Kamerstukken 34253).

[50] Renssen 2016, p. 57.

[51] Parket bij HR 6 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2336, r.o. 3.37.

[52] Kamerstukken II 1991/92, 22482, 3, p. 6.

[53] Zie ook Renssen 2016, p. 221.

[54] Zie ook Renssen 2015, p. 38.