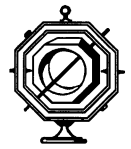


## ■ De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap ■



### Een nieuwe initiator van het faillissement: de vereffenaar

Onder welke omstandigheden is een vereffenaar verplicht op de voet van art. 2: 23a lid 4 BW het faillissement van een rechtspersoon in liquidatie aan te vragen?

#### Inleiding

Niet alleen een schuldeiser, het bestuur of het OM kan het faillissement van een rechtspersoon bewerkstelligen. Sinds 1 januari 1992 kan als nieuwe initiator van het faillissement worden genoemd: de vereffenaar. Art. 2: 23a lid 4 BW<sup>1</sup> luidt als volgt:

*‘Blijkt de vereffenaar dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, dan doet hij aangifte tot faillietverklaring, tenzij alle schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement.’*

Aangenomen mag worden dat deze bepaling betrekking heeft op alle vereffenaars<sup>2</sup>. Niet alleen de door de rechter benoemde vereffenaar, maar ook de krachtens de statuten aangewezen vereffenaar of de bestuurder als vereffenaar van rechtswege<sup>3</sup> kan onder omstandigheden geconfronteerd worden met art. 2: 23a lid 4 BW. Deze vereffenaars scheer ik hierna over één kam met de aanduiding: “gewone” vereffenaar.

Nadat het faillissement is uitgesproken op aangifte van de gewone vereffenaar, eindigt diens taak. De curator treedt vervolgens op als bijzondere vereffenaar van het vermogen, met inachtneming van de bepalingen van de Faillissementswet (Fw). De vereffeningsbepalingen van Boek 2 BW wijken voor de faillissementsbepalingen, aldus art. 2: 23a lid 5 BW. De benoeming van de curator en de toepassing van de vereffeningsregels van de Fw brengen m.i. met zich mee dat voor de gewone vereffenaar geen taak meer is weggelegd<sup>4</sup>.

De precieze strekking van art. 2: 23a lid 4 BW is niet naar voren gekomen tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling. De Memorie van Toelichting merkt slechts op dat de summier vereffeningsregeling in Boek 2 BW “in het algemeen ongeschikt” is voor het geval de schulden de baten overtreffen. De afwikkeling overeenkomstig de Fw is in dat geval “meer op haar plaats”<sup>5</sup>. De strekking van art. 2: 23a lid 4 BW is n.m.m. de bescherming van de schuldeisers.

In deze bijdrage wil ik aangeven wat zoal de voordelen zijn van een vereffening door de curator in het geval van een ontbonden vennootschap met een negatief eigen vermogen. Voorts bespreek ik onder welke omstandigheden de vereffenaar verplicht is op de voet van art. 2: 23a lid 4 BW het faillissement aan te vragen.

#### Voordelen van de vereffening door de curator

De summier vereffeningsbepalingen van Boek 2 BW

zijn slechts geschreven met het oog op de verdeling van een batig saldo onder de aandeelhouders en andere rechthebbenden nadat alle schuldeisers zijn voldaan (art. 2: 23b BW). Vandaar dat een rangregeling in Boek 2 ontbreekt. Om tot een verdeling van het vermogen onder de schuldeisers te komen, is het echter niet noodzakelijk dat in het geval van een tekort de Fw van toepassing is. Aangenomen kan worden dat bij een vereffening op basis van Boek 2 BW de baten in het geval van een tekort pondspoons gewijs (naar rato van ieders aandeel in de schuld) moeten worden verdeeld onder de schuldeisers.

Voor de schuldeisers van een commerciële rechtspersoon kan de vereffening door de curator met name van belang zijn indien sprake is (geweest) van “mismanagement”. Bestuurders (en anderen) kunnen wanneer zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld (en tevens aan andere voorwaarden wordt voldaan) aansprakelijk worden gesteld voor het tekort<sup>6</sup>. Een procesuele voorwaarde voor deze aansprakelijkstelling is dat het faillissement is uitgesproken en nog immer voortduurt. Alleen de curator kan deze vordering instellen.

De vereffening in het kader van het faillissement is voorts geschikter, wanneer het van belang is de schulden na ontbinding in de hand te houden. De curator kan zich op basis van de Fw bedienen van kortere opzegtermijnen dan de gewone vereffenaar bij het beëindigen van een huurovereenkomst en een arbeidsovereenkomst (art. 39 en 40 Fw).

Tevens valt als voordeel voor de schuldeisers te noemen dat van de afwikkeling in het kader van het faillissement na verloop van drie maanden verslag wordt uitgebracht door de curator (art. 73a Fw). Tijdens de vereffening staat de curator voortdurend onder toezicht van de rechter-commissaris (art. 64 Fw). De vereffeningshandelingen van een gewone vereffenaar blijven voor de schuldeisers moeilijk controleerbaar. De kans dat een schuldeiser inzicht krijgt in vóór de ontbinding verrichte paulianeuze rechtshandelingen is bij gebreke aan informatie gering<sup>7</sup>.

Voor al wanneer een bestuurder van rechtswege tot vereffenaar is aangewezen (art. 2: 23 lid 1 BW) en de rechtspersoon in liquidatie vermoedelijk met een negatief eigen vermogen kampt, ontstaat bij de schuldeisers behoefte aan een “onafhankelijke” vereffenaar. Het is niet goed denkbaar dat een vereffenaar die bestuurder is geweest (of gebleven) een vordering ex art. 2: 8 BW tegen zichzelf instelt in het geval dat vóór de ontbinding sprake is geweest van “mismanagement”. Mocht een vereffenaar nalaten een vordering ex art. 2: 8 BW in te stellen, dan kunnen de schuldeisers er bij de rechtbank op aandringen dat zij haar bevoegdheid gebruikt om de vereffenaar ambtshalve te ontslaan wegens gewichtige redenen (art. 2: 23 lid 5 BW)<sup>8</sup>. Een gewichtige

1. Artikel 9 van de Overgangswet II NBW stelt dat op een vereffening die vóór 1992 is aangevangen, art. 2: 23a lid 4 BW van toepassing is.

2. In dezelfde zin: Asser-De Rechtspersoon, nr. 166.

3. Als vereffenaar van rechtswege treedt op het bestuur en bij gebreke van een bestuurder de Kamer van Koophandel. Zie het in wetsontwerp 22 482 voorgestelde art. 2: 19a lid 7 BW jo art. 2: 23 lid 1 BW.

4. De gewone vereffenaar defungeert n.m.m. vanaf de datum van het faillissementsvonnis. Anders: Asser-De Rechtspersoon, nr. 166.

5. Wetsontwerp 17 725, nr. 3, blz. 68.

6. Zie art. 2: 50a, 138, 139, 149, 248, 259 en 300a BW. De vordering speelt vooral een rol wanneer de rechtspersoon niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichting ex art. 2: 394 en/of 10 BW.

7. Er bestaat weliswaar een verplichting tot het geven van rekening en verantwoording van de vereffeningswerkzaamheden (art. 2: 23b lid 2 BW), maar deze geschiedt eenmalig en geeft slechts inzage in de wijze waarop het positieve of negatieve saldo tot stand is gekomen.

8. Het Handboek meent dat een statutair vereffenaar niet door de rechter kan worden ontslagen ex art. 2: 23 lid 5 BW. Of eenzelfde standpunt wordt ingenomen ten aanzien van de vereffenaar van rechtswege blijkt niet. Van der Heijden-Van der Grinten, nr. 380.

reden voor ontslag is, dat de vereffenaar heeft verzuimd het faillissement ex art. 2: 23a lid 4 BW aan te vragen. De Rechtbank Almelo heeft op deze grond een vereffenaar ontslagen, een nieuwe vereffenaar benoemd en deze (ex art. 2: 23a lid 3 BW) opgedragen "onverwijld" het faillissement aan te vragen<sup>9</sup>.

#### Voorwaarden voor de toepassing van art. 2:23a lid 4 BW

Een verplichting tot het doen van de faillissementsaan-gifte op de voet van art. 2: 23a lid 4 BW ontstaat pas voor de gewone vereffenaar wanneer:

1. er tenminste een bate in de zin van een verzilverbaar activum voorhanden is;
2. hij een onderzoek naar de bestaande en potentiële baten heeft verricht en naar aanleiding van dit onderzoek het vermoeden is ontstaan dat de schulden de baten (blijven) overtreffen;
3. de schuldeisers niet de voorkeur hebben gegeven aan het voortzetten van de gewone vereffening;
4. aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan.

#### Ad 1

Het faillissement is een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar. De faillissementsaan-gifte door de vereffenaar heeft slechts zin wanneer er tenminste een bate in de zin van een verzilverbaar activum voorhanden is.

Naar huidig en toekomstig recht is het (voort)bestaan van de vereffeningstoestand afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van baten. Thans is het zo dat na ontbinding altijd een vereffeningstoestand volgt. Een rechtspersoon in liquidatie kan pas ophouden te bestaan op het tijdstip waarop de (gewone) vereffenaar of de curator geen baten meer aantreft (art. 2: 19 lid 5 BW). Het in het wetsontwerp Inactieve Rechtspersonen (Kamerstukken 22 482) voorgestelde art. 2: 19 lid 4 BW bepaalt dat een rechtspersoon zonder baten op het moment van zijn ontbinding ophoudt te bestaan. De vereffeningstoestand treedt alsdan niet in, zodat men niet aan art. 2: 23a lid 4 BW toekomt. Het begrip baten in de zin van art. 2: 19 lid 5 BW (en in de zin van het voorgestelde art. 2: 19 lid 4 BW) omvat meer dan activa alleen. Ook maatregelen die niet leiden tot een vermogensvermeerdering, kunnen in het vereffeningstadium door de vereffenaar worden getroffen. Het aanwezig zijn van een bate in de zin van art. 2: 23a lid 4 BW kan niet worden afgeleid uit het enkele bestaan van de vereffeningstoestand.

Wanneer het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten (art. 16 Fw) is er, omdat de executoriale fase van het faillissement niet is ingetreden, nimmer een toestand geweest waarin de vereffeningbepalingen van de Fw van toepassing waren. De opheffing van het faillissement brengt de ontbinding van de rechtspersoon teweeg (art. 2: 19 lid 1 sub d BW). Om te voorkomen dat een nutteloze gewone vereffeningstoestand intreedt, voorziet het toekomstige recht in een ontbinding-zonder-vereffening. De rechtspersoon zonder baten houdt reeds op het tijdstip van zijn ontbinding op te bestaan.

Hij kan echter tijdelijk "uit zijn as herrijzen" wanneer de rechter op verzoek van een belanghebbende alsnog de vereffening op basis van Boek 2 BW opent. Alsdan "herleeft" de rechtspersoon in liquidatie, bijvoorbeeld om (nagekomen) activa te kunnen incasseren. Wordt een verzoek tot opening van de (gewone) vereffening met het oog op het verzilveren en/of uitdelen van een nagekomen activum door de rechter gehonoreerd en een vereffenaar benoemd<sup>10</sup>, dan is n.m.m. daardoor automatisch de weg vrijgemaakt voor de toepassing van art. 2: 23a lid 4 BW. Het voordeel voor belanghebbenden is dat zij niet opnieuw het faillissement behoeven aan te vragen. De vereffenaar zal m.i. aannemelijk moeten maken, dat aan alle voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan. Zo moet hij aannemelijk maken dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het (tweede) faillissement te bestrijden (art. 18 Fw).

#### Ad 2

Dat de vereffenaar inventariserende werkzaamheden (te vergelijken met de werkzaamheden van de curator in de conservatoire fase van het faillissement) moet hebben verricht, volgt n.m.m. uit de wettekst. Alleen wanneer de vereffenaar inzicht heeft gekregen in de bestaande en toekomstige financiële toestand van de rechtspersoon, kan hem blijken dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen. De gewone vereffenaar mag het in kaart brengen van de schulden en de activa niet "overslaan"<sup>11</sup>, ook al is het voor hem aanstonds duidelijk (bijvoorbeeld aan de hand van de balans) dat de rechtspersoon in liquidatie permanent kampt met een negatief eigen vermogen.

#### Ad 3

De vereffenaar kan alleen de voor hem traceerbare schuldeisers benaderen met de vraag of zij liever het faillissement niet uitgesproken zien, maar een voorkeur hebben voor de vereffening op basis van de summier vereffeningregeling van Boek 2 BW. Wanneer de uitkeerbare baten zó gering zijn dat, zou het faillissement worden uitgesproken, er voor alle schuldeisers minder of zelfs niets overblijft, dan is de vereffening buiten het faillissement n.m.m. meer op haar plaats.

De toepassing van de faillissementsvereffening kan worden afgedwongen door één schuldeiser die, gelet op zijn voorrangspositie in het faillissement, de voorkeur geeft aan een vereffening door de curator. Indien een schuldeiser zijn veto uitspreekt, wordt immers niet voldaan aan het vereiste dat "alle" bekende<sup>12</sup> schuldeisers akkoord moeten gaan met de voortzetting van de gewone vereffening. Wanneer een schuldeiser zich onredelijk opstelt door zijn instemming met de gewone vereffening te onthouden (bijvoorbeeld omdat hij ten onrechte heil ziet in een aansprakelijkstelling van het bestuur ex art. 2: 248 BW), kunnen m.i. belanghebbenden in kort geding een verklaring voor recht vorderen waarin de dwarsliggende schuldeiser wordt bevolen mee te werken aan de voortzetting van de gewone vereffening. Een schuldeiser die zonder redelijke grond de toepassing van de gewone vereffening dwarsboomt, handelt onder omstandigheden onrechtmatig jegens

9. Rb Almelo 24 april 1992, NJ 1993, 22.

10. Vgl. het in het wetsontwerp 22 482 voorgestelde art. 2: 23c lid 1 BW. De eerste twee zinnen van dit lid luiden als volgt: 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 de belanghebbende de vereffening heropen of bevelen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In die gevallen herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de vereffening.

11. Bijvoorbeeld om een aansprakelijkstelling ex art. 33 lid 1 sub c Invorderingswet 1990 te vermijden.

12. Het woord "bekende" is in de nota van wijziging d.d. 28 april 1993 op voorstel van de D66-fractie toegevoegd aan de tekst van art. 2: 23a lid 4 BW. Vgl. wetsontwerp 22 482, nr. 6, onderdeel K.

zijn mede-schuldeisers<sup>13</sup>.

*Ad 4*

Naar mijn mening kan uit de woorden “doet aangifte” worden afgeleid dat de vereffenaar geen discretionaire bevoegdheid heeft om het faillissement aan te vragen. Ik meen dat de vereffenaar niet gehouden is alvorens hij aangifte tot faillietverklaring doet, een opdracht daartoe van de algemene vergadering van aandeelhouders te bemachtigen. Deze bestuursverplichting is niet van overeenkomstige toepassing op de vereffenaar ex art. 2: 23a lid 1 BW, omdat de rechtspersoon reeds in de ver-

effeningstoestand verkeert<sup>14</sup>. Het verkrijgen van een opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders is ook niet verenigbaar met de op crediteurenbescherming gerichte strekking van art. 2: 23a lid 4 BW. Wil er sprake zijn van een verplichting tot het doen van de faillissementsaangifte, dan moet wel (om onnodige proceskosten te vermijden) aan andere voorwaarden voor faillietverklaring worden voldaan: meerdere schuldeisers (zgn. pluraliteitsvereiste) en tenminste één opeisbare schuld.

*Mw. mr. M.Y. Nethe\**

**13.** Zie voor een geval waarbij in kort geding een schuldeiser wegens onrechtmatig handelen werd veroordeeld om mee te werken aan een faillissementsakkoord: Pres. Rb 's-Gravenhage 28 maart 1991, KG 1991, 170.

**14.** Deze bestuursverplichting is neergelegd in art. 2: 246 (136) BW.

\* Wetenschappelijk medewerker bij de vakgroep Handelsrecht en Sociaalrecht, Rijksuniversiteit Groningen.