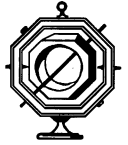


■ De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap ■



Reactie

Reactie naar aanleiding van het artikel van mw. mr. M.Y. Nethe, "Een nieuwe initiator van het faillissement: de vereffenaar" in WPNR(1993)6105

De vereffenaar en het faillissement; een reactie

In WPNR 6105 (1993), p. 652-654 gaat mevrouw mr M.Y. Nethe in op de vraag onder welke omstandigheden een vereffenaar op grond van artikel 2:23a lid 4 BW verplicht is het faillissement van de (reeds ontbonden) rechtspersoon aan te geven. Bij enkele van haar opmerkingen plaats ik de volgende kanttekeningen.

1. Allereerst: zodra de vereffenaar constateert dat "de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen", is hij verplicht aangifte tot faillietverklaring te doen. Het betreft hier, volgens Nethe, geen discretionaire bevoegdheid. Dat ben ik met haar eens. Ook hoeft de vereffenaar niet op grond van artikel 2:136 (246) BW de opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders (a.v.a.) te verkrijgen alvorens bevoegd te zijn tot de aangifte. Dat zou, volgens Nethe, komen "omdat de rechtspersoon reeds in de vereffeningstoestand verkeert". Dat ben ik niet met haar eens. Het niet behoeven te voldoen aan genoemde artikelen is naar mijn mening

een rechtstreeks gevolg daarvan dat de wet aan de vereffenaar een verplichting tot aangifte oplegt. Met die verplichting verdraagt zich niet dat de vereffenaar om de opdracht van de a.v.a. zou moeten verzoeken. Wat immers als die opdracht zou worden onthouden? De vereffenaar zou dan zijn wettelijke verplichting tot aangifte niet kunnen nakomen. Als zodanige verplichting niet bestaat, bijv. in het geval dat het bestuur van een ontbonden rechtspersoon het faillissement wenst aan te geven (vooropgesteld dat het bestuur daartoe (nog) de bevoegdheid heeft, hetgeen mijns inziens het geval is), dan gelden de genoemde artikelen wel, ook al is sprake van een vereffeningstoestand, zodat dit laatste niet het criterium kan zijn.

2. De vraag rijst wanneer de verplichting voor de vereffenaar ontstaat. Nethe beantwoordt die vraag door te stellen dat aan vier voorwaarden moet zijn voldaan: (a) er moet een bate voorhanden zijn, (b) de vereffenaar moet een onderzoek naar de bestaande en potentiële baten hebben verricht en daardoor tot de conclusie zijn gekomen dat de schulden de baten vermoedelijk (blijven) overtreffen, (c) de schuldeisers moeten niet op een vereffening buiten faillissement staan en (d) aan de vereisten voor faillietverklaring moet zijn voldaan. Met de voorwaarden (b) en (c) ben ik het eens, met (a) en (d) niet. Wat de eerste twee betreft, deze volgen rechtstreeks uit de wet. Eerst dient de vereffenaar na te gaan hoeveel de rechtspersoon aan baten en hoeveel aan schulden heeft. Het gebruik van het woord "zullen" wijst erop dat de vereffenaar - in voorkomende gevallen - vooruit dient te kijken. Hoe ver vooruit geeft de wet niet aan. Dat zal veelal afhangen van de concrete situatie waarmee de vereffenaar heeft te maken. Indien de vereffenaar verwacht dat de vereffeningprocedure zes maanden gaat duren, dan gaat het erom dat bij omekomst van die periode er meer baten dan schulden moeten zijn. Ziet het er daar in de beginfase van de vereffening niet naar uit, dan komt op dat moment de aangifte tot faillietverklaring om de hoek kijken. Overigens behoeven op dat moment niet reeds de schulden de baten te overtreffen, dat kan ook later - door voortdurende verplichtingen - gebeuren. Inzoverre is het gebruik van het woord "zullen" in artikel 2:23a lid 4 BW te verkiezen boven het door Nethe gebruikte woord "(blijven)".

Staat reeds aanstonds het negatief eigen vermogen vast, dan ontstaat meteen de verplichting tot aangifte. Naar mijn mening is de vereffenaar dan niet meer gehouden de schulden en de activa in kaart te brengen, zoals Nethe wil. De schuldeisers hebben er belang bij dat zo snel mogelijk een vereffening overeenkomstig de Faillissementswet een aanvang kan nemen. Het in kaart brengen van schulden en activa dient de vereffenaar over te laten aan de te benoemen curator.

Heeft de vereffenaar eenmaal tot faillietverklaring besloten, dan moet hij de (binnenkort toe te voegen: "bekende") schuldeisers raadplegen en hen - volgens de tekst van artikel 2:23a lid 4 BW - vragen of zij met een voortzetting van de vereffening buiten faillissement instemmen. Om te voorkomen dat deze bepaling de voortgang van een lopende vereffening ernstig frus-

treert, zal de vereffenaar de schuldeisers een zo kort mogelijke, doch aan de hand van de concrete omstandigheden nog net redelijke, termijn voor het geven van hun instemming dienen te geven.

Ten aanzien van de voorwaarden (a) en (d): de wet stelt hen niet en zij volgen er evenmin uit. Een vereffenaar behoeft zich er naar mijn mening niet om te bekommeren. Hij dient slechts (voor zichzelf) tot de conclusie te komen dat sprake zal zijn van een negatief vermogen, waarop hij, behoudens bedoelde instemming van de schuldeisers, tot aangifte van faillietverklaring dient over te gaan. De wet geeft hiervoor geen termijn, maar ik zou menen dat dit met bekwame spoed zou moeten gebeuren. Of een verzilverbaar actief voorhanden is of zal zijn, dient te worden overgelaten aan de te benoemen curator (zie in dit verband HR 10 mei 1974, NJ 1975, 267, waarin werd geoordeeld dat een aanvraag tot faillietverklaring niet kan worden afgewezen op de grond dat voldoende aannemelijk zou zijn geworden dat er geen te executeren vermogen van de schuldenaar aanwezig is of binnen afzienbare tijd te verwachten en dat daarom geen redelijk belang bij de faillietverklaring zou bestaan). Ook behoeft de vereffenaar niet, "wil er sprake zijn van een verplichting tot het doen van de faillissementsaangifte" volgens Nethe, te onderzoeken of aan de normale voor een faillietverklaring geldende voorwaarden (meerdere schuldeisers en tenminste één opeisbare vordering) is voldaan. Dat is ter - uiteindelijke - beoordeling aan de rechtbank. Is zij van mening dat aan die voorwaarden niet is voldaan, dan zal zij het faillissement niet uitspreken. De vereffenaar heeft dan in elk geval aan zijn wettelijke verplichting voldaan. Het niet doen van een aangifte omdat de vereffenaar eraan twijfelt of voorwaarde (a) of (d) of beide wel zijn vervuld, plaatst hem in een gevaarlijke positie; hij kan later schadelijkt blijken te zijn. De rechtszekerheid gebiedt daarom dat zodra de door Nethe genoemde voorwaarden (b) en (c) zijn vervuld, de verplichting tot het doen van aangifte ontstaat. De door Nethe gestelde voorwaarden (a) en (d) dienen bijgevolg te worden vervorpen.

3. Afgezien van mogelijke schadeplichtigheid kan de vereffenaar wegens het niet doen van aangifte wellicht worden ontslagen. Nethe wijst in dit verband op een uitspraak van de rechtbank Almelo van 24 april 1992, NJ 1993, 22, door mij besproken in NtBR 1993/4, p. 86-87, waarin die rechtbank inderdaad een vereffenaar op die grond ontsloeg. Ik gebruik het woord wellicht, omdat het hier een buitengerechtigde, d.w.z. door de a.v.a. van de rechtspersoon en niet door de rechter benoemde vereffenaar, betrof. Of de rechtbank de vereffenaar in kwestie heeft mogen ontslaan, is mijns inziens kwestieus (zie de genoemde bespreking). Daarvan zal volgens mij pas sprake kunnen zijn indien (het daartoe bevoegde orgaan van) de rechtspersoon zelf niet langer in staat of bereid is de vereffenaar te ontslaan en door een andere te vervangen.

4. Een laatste opmerking. Nethe stelt dat het bij een vereffening volgens boek 2 BW

'om tot een verdeling van het vermogen onder de schuldeisers te komen, (...)

niet noodzakelijk (is) dat in het geval van een tekort de Fw van toepassing is.’

Dit is alleen juist wanneer aan voorwaarden (b) en (c) wel is voldaan, doch tegelijkertijd voorwaarde (d) niet is vervuld. Alsdan dient de vereffenaar de boedel te vereffenen volgens de regels van boek 2 BW. De baten dienen dan “pondsponds gewijs (naar rato van ieders aandeel in de schuld)” onder de schuldeisers te worden verdeeld, zo neemt Nethe aan. Waarom dit slechts “aangenomen kan worden”, wordt niet onthuld. Bestaat hierover verschil van inzicht? Ik geloof het niet. Dat een gelijkelijke verdeling over de schuldeisers moet plaatsvinden, heeft niet te maken met de omstandigheid dat de rechtspersoon zich in liquidatie bevindt, doch volgt rechtstreeks uit - het algemeen geldende - artikel 3:277 BW. Wel moet aan bevoorrechte schuldeisers de “voorrang worden gelaten”; in zoverre vindt geen pondsponds gewijze verdeling plaats. Hoever reikt de verplichting van de vereffenaar te waken over de eerbiedig-

ging van deze gelijkheidsregel? Moet hij zich bijvoorbeeld, zoals in België het geval is, tegen individuele executiemaatregelen van schuldeisers verzetten wanneer daardoor de rechten van andere schuldeisers worden geschaad (vgl. onder meer Hof van Cassatie 8 december 1988, TRV 1990, p. 49-50 (België/Mr Van De Velde-Malbranche q.q.) en Ph. Colle, De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan de) bevoegdheid van de curator, TRV 1990, p. 42-48), wat bij een toereikend actief niet (vgl. Rb. Luik 20 april 1988, JLMB 1988, 1326-1327) maar bij een tekort wel het geval zal zijn (vgl. ook F. ‘t Kint, Le concours des créanciers d’une société en liquidation, RPS 1977, 179 en L. Dermine, De la mise en faillite d’une société en liquidation, RPS 1985, 206)? Als men deze vraag bevestigend beantwoordt, is er wat dit aangaat amper nog verschil met de faillissementsvereffening. Ik zie eigenlijk geen reden om dat niet te doen.

*Mr. M.Ph. van Sint Truiden**

* Advocaat te Amsterdam.

Naschrift

1. Dat de vereffenaar verplicht is op de voet van art. 2:23a lid 4 BW het faillissement van een ontbonden vennootschap met een negatief eigen vermogen aan te vragen, volgt uit de tekst (“doet aangifte”) en de strekking van genoemd artikellid. Het ontbreken van een faillissementsopdracht van de ava (art. 2:246 (136) jo art. 2:23a lid 1 BW) kan de vereffenaar niet als een intern werkende (niet aan derden tegenwerpbaar) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden tegengeworpen. Voor een overeenkomstige toepassing van genoemde bepaling is geen plaats, omdat de vennootschap reeds is ontbonden.

2. Als eerste voorwaarde voor de toepassing van art. 2:23a lid 4 BW heb ik genoemd: het bestaan van een bate in de zin van een verzilverbaar activum. Alleen een rechtspersoon die bestaat, kan failliet worden verklaard. Zijn geen (bekende) baten meer aanwezig, dan houdt de rechtspersoon in liquidatie op te bestaan (art. 2:19 lid 5 BW). Naar toekomstig recht houdt de rechtspersoon reeds op het tijdstip van zijn ontbinding op te bestaan, indien op dat moment baten ontbreken (voorgesteld art. 2:19 lid 4 BW). Het woord “baten” dient naar mijn mening ruim uitgelegd te worden. Het intreden van de vereffeningstoestand kan gewenst zijn om niet-financiële kwesties af te wikkelen (zoals een contractovername). Uit het enkele optreden van de vereffenaar mag niet de conclusie worden getrokken dat er “dus” te liquideren activa zijn. Indien uit het onderzoek van de vereffenaar volgt dat de rechtspersoon in liquidatie geen enkel activum meer heeft of zal toekomen, heeft het n.m.m. geen zin een vereffeningstoestand overeenkomstig de Fw in het leven te roepen. Met andere woorden: treft de vereffenaar louter schulden aan en is het voortbestaan ter vereffening om andere redenen dan het kunnen verzilveren van activa gewenst,

dan kan in redelijkheid niet van hem gevegd worden dat hij zijn wettelijke verplichting nakomt.

Uit de toelichting op de tweede voorwaarde volgt dat ik niet de indruk heb willen wekken dat het tekort zich aanstonds moet voordoen. Het woord “(blijven)” heb ik gebruikt om aan te geven dat het ontstaan van het tekort op enig moment in de toekomst niet voldoende is. Het tekort moet zich in de toekomst blijven voordoen.

Terecht merkt Van Sint Truiden op dat de rechtbank moet beoordelen of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Van een vereffenaar die op de hoogte is van het financiële reilen en zeilen van de ontbonden rechtspersoon mag mijns inziens worden verwacht dat hij zich niet laat leiden door de vrees voor aansprakelijkstelling, maar door de strekking van de bepaling. Indien voor hem vast staat dat zijn faillissementsaangifte de belangen van de schuldeisers slechts schaadt, kan het niet nakomen van de wettelijke verplichting hem niet worden aangerekend. De op crediteurenbescherming gerichte strekking van de bepaling en het doel van de Fw (het tegelde maken van activa) dienen m.i. mede in de uitleg van art. 2:23a lid 4 BW te worden betrokken.

3. In de MvT op wetsvoorstel 22 482 (nr. 3 blz. 17) wordt opgemerkt dat het voorgestelde art. 2:23 lid 2 BW (“ontslaat de rechter de vereffenaar ...” etc.) voor alle vereffenaars gaat gelden. De MvT noemt niet de door Van Sint Truiden gestelde voorwaarde aan het optreden van de rechter.

4. Het spreekt voor zich dat de vereffenaar de belangen van alle schuldeisers moet behartigen en rekening heeft te houden met (de wettelijke inbreuken op) het paritas creditorum-beginsel.

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

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