Mr. R. van den Sigtenhorst en mr. J.L. van den Heuvel[1]

Noot bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269 (*Boersen q.q./Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf*)

TvI 2018/32

1. Inleiding

De afgelopen jaren is door curatoren meer en meer het verzet tegen de faillietverklaring ontdekt als middel om zich te beschermen tegen het – voor eigen rekening – moeten afwikkelen van (geheel en al, definitief) lege boedels. In het meest typische geval gaat het daarbij om faillissementen uitgesproken op eigen aangifte van de rechtspersoon-schuldenaar. Deze figuur is inmiddels, na de nodige *test cases* in de lagere jurisprudentie,[2] behoorlijk uitgekristalliseerd:[3] ook bij de Hoge Raad. Nadat deelvragen al waren beantwoord in daaraan voorafgaande arresten, oordeelde de Hoge Raad in zijn prejudiciële beslissing in *Hoeksema q.q./R.M. Trade,*[4] kort samengevat, dat de curator – pro se – met succes in verzet kan komen tegen een eigen aangifte van een rechtspersoon 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 kunnen worden gegenereerd.

Desalniettemin blijken er nog enige restvragen te stellen – zoals bijvoorbeeld of de hiervoor genoemde uitgangspunten van *Hoeksema q.q./R.M. Trade* (onverkort) gelden wanneer sprake is van een verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser in plaats van een eigen aangifte. Die vraag is aan de orde in dit arrest *Boersen q.q./Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf*; met name of de curator echt niet ook q.q. ontvankelijk kan zijn (neen) en of er niet wellicht toch nog rek zit in de invulling van het misbruikcriterium door de Hoge Raad voor dit soort gevallen (eveneens grotendeels neen).

2. Feiten en procedure in feitelijke instanties

Op 14 maart 2017 is Polski Sklep Hogestraat Tiel B.V. (“**Polski Sklep**”) bij vonnis van Rb. Gelderland in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. Boersen tot curator. Het faillissement van Polski Sklep was aangevraagd door Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Levensmiddelenbedrijf (het “**Pensioenfonds**”). De curator komt vervolgens, zowel in haar hoedanigheid, als pro se, in verzet tegen de faillietverklaring (art. 10 lid 1 Fw). Zij stelt daartoe dat haar onderzoek heeft uitgewezen dat sprake is van een lege boedel en dat er geen verhaalsmogelijkheden zijn. De faillissementsaanvraag door het Pensioenfonds zou daarom misbruik van bevoegdheid opleveren, althans dient het faillissement te worden vernietigd.

Mr. Boersen vangt bot bij de Rechtbank Gelderland, die het verzet ongegrond verklaart. Daarbij wordt zij pro se in de proceskosten veroordeeld. Ook in hoger beroep slaagt mr. Boersen niet. Zij verzoekt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden om het vonnis en het faillissement van Polski Sklep alsnog te vernietigen, met veroordeling van het Pensioenfonds in de proceskosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep alsmede de kosten die mr. Boersen q.q. in het kader van het faillissement heeft gemaakt.

Het hof overweegt echter,[5] kort samengevat, als volgt. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de curator in haar hoedanigheid als zodanig heeft de Hoge Raad zich in *Hoeksma q.q./R.M. Trade* uitdrukkelijk beperkt tot gevallen van faillissement van een rechtspersoon op eigen aangifte. Daarom heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat mr. Boersen pro se belanghebbende was, maar niet q.q., zodat zij als zodanig niet ontvankelijk is en een proceskostenveroordeling ten laste moet worden gebracht van mr. Boersen pro se. Het betoog dat mr. Boersen er bij een eventuele proceskostenveroordeling alle belang bij heeft dat de kosten die gepaard gaan met de verzetprocedure ten laste komen van de gefailleerde vennootschap, gaat in die zin niet op.

Ook ten aanzien van de vraag of het verzet pro se moet slagen, omdat het Pensioenfonds zijn bevoegdheid om het faillissement van Polski Sklep aan te vragen zou hebben misbruikt, komt het hof tot een (voor de curator) negatief oordeel. De meest vergaande stelling van de curator in dat kader was dat, nu zij al binnen de verzetstermijn van acht dagen had vastgesteld dat er geen enkel onder de schuldeisers te verdelen vermogen aanwezig was, dit reeds betekende dat de faillissementsaanvraag door het Pensioenfonds in strijd was met het doel van het faillissement en daarmee misbruik van bevoegdheid oplevert. Daar gaat het hof niet in mee, aangezien er onderzoek van de curator nodig was om die staat van de boedel vast te stellen. Dus, zo vullen wij aan, dat kon/behoefde het Pensioenfonds nog niet te weten toen zij het faillissement van Polski Sklep aanvroeg.

Hetzelfde lot deelt de klacht van de curator dat dan minst genomen een zo grote onevenredigheid van belangen bestond, dat het Pensioenfonds in redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Voor zover al onevenredige belangen bestonden kan dat het Pensioenfonds, anders dan een rechtspersoon bij eigen aangifte, niet worden tegengeworpen, aldus het hof: opnieuw geldt dat die mogelijke onevenredige belangen pas blijken na en door het onderzoek van de curator naar de staat van de boedel

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R. van den Sigtenhorst en J.L. van den Heuvel ‘Noot bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269 (*Boersen q.q./Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf*)’, *TvI* 2018/32. R. van den Sigtenhorst en J.L. van den Heuvel zijn advocaten bij Florent.

2 Vgl. *Wessels Insolventierecht I* 2016, par. 1425-1425d.

3 Vgl. bijvoorbeeld Hof ’s-Hertogenbosch 3 november 2016, *RI* 2017/44, m.nt. R. van den Sigtenhorst.

4 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *RI* 2016/13, *JOR* 2016/145, m.nt. J.B.A. Jansen.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6505.

en naar mogelijkheden om die (alsnog) te vullen. Daarbij komt, aldus nog steeds het hof, dat het Pensioenfonds weliswaar op grond van de Wet BPF bijzondere bevoegdheden heeft, maar die bevoegdheden zijn niet gelijk te stellen aan de bevoegdheden die de curator ten dienste staan om aan een grondig onderzoek te onderwerpen of er baten zijn of kunnen worden gerealiseerd. Het Pensioenfonds heeft dus, opnieuw anders dan bestuurders die namens een rechtspersoon eigen aangifte doen, geen (volwaardig) alternatief voor het aanvragen van faillissement. Ook niet, zoals de curator kennelijk had geopperd, de ontbinding van de rechtspersoon krachtens boek 2 BW, aangezien art. 2:19 BW het Pensioenfonds geen bevoegdheden verleent (…).

3. De procedure in cassatie en het oordeel van de Hoge Raad

De curator laat het er niet bij zitten en stelt cassatie in. Haar eerste klacht richt zich tegen het oordeel van het hof dat zij het verzet niet in haar hoedanigheid van curator kon instellen, maar alleen voor zichzelf, en daarom pro se in de proceskosten moet worden veroordeeld. De curator wijst er daarbij op dat in de *Hoeksma q.q./R.M. Trade*-beslissing sprake was van een faillissement op eigen aanvraag, terwijl in deze zaak sprake is van een faillissement op aanvraag van een schuldeiser. Het zou in ieder geval niet aanvaardbaar zijn dat de curator in dit geval in de proceskosten is veroordeeld.

De Hoge Raad oordeelt echter (onder verwijzing naar met name r.o. 4.3.2 en 4.4 van *Hoeksma q.q./Trade*), dat de curator uitsluitend persoonlijk belanghebbende is bij een verzet als bedoeld in art. 10 lid 1 Fw – ongeacht wie het faillissement aanvraagt. Stelt de curator inderdaad voor zichzelf verzet in, dan kan zij persoonlijk ook in de kosten worden veroordeeld. Of daartoe dan ook grond bestaat, is overgelaten aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt.[6]

De tweede klacht betoogt, verstrekkend, dat voor gegrondverklaring van het verzet niet zou zijn vereist dat de schuldeiser misbruik van bevoegdheid maakt of dat voor hem een redelijk alternatief bestaat: voldoende zou zijn dat na onderzoek van de curator blijkt dat sprake is van een lege boedel. Subsidiair voert de curator aan dat volstaat dát sprake is van een lege boedel om misbruik van bevoegdheid te kunnen aannemen. Daarvoor zou dus niet zijn vereist is dat de schuldeiser al bij aanvraag van het faillissement weet dat de boedel leeg is.

De Hoge Raad antwoordt leerstellig. Het faillissement dient er mede toe dat de curator ten behoeve van de schuldeisers onderzoekt of en, zo ja, in hoeverre de schuldenaar verhaal biedt. Het kan voorkomen dat blijkt dat een boedel leeg is, maar in dergelijke gevallen heeft een curator de mogelijkheid om het faillissement via de weg van art. 16 Fw op te heffen; dit leidt van rechtswege tot ontbinding van de rechtspersoon, waarna deze van rechtswege ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 1, aanhef en onder c, BW jo. art. 2:19 lid 4 BW).

Op dezelfde manier vervolgt de Hoge Raad dat het enkele feit, dat een boedel leeg is of blijkt te zijn, geen grond is voor verzet door de curator op voet van art. 10 Fw. Daarvoor moet de faillissementsaanvraag wel degelijk aan te merken zijn als misbruik van bevoegdheid, ongeacht door wie deze is ingediend. Van zulk misbruik kan sprake zijn indien degene die het faillissement aanvraagt op het moment van de aanvraag weet, dan wel behoort te weten, dat de boedel leeg is én [ook overigens, RvdS/JvdH] geen voldoende gerechtvaardigd belang bij de aanvraag heeft, eventueel mede in verband met voor hem beschikbare alternatieven. Een voldoende gerechtvaardigd belang kan zijn om de ontbinding van de rechtspersoon te bewerkstelligen.

Obiter dictum merkt de Hoge Raad op, dat de wettelijke regeling – samen met de door de Hoge Raad in deze kwestie gekozen lijn, RvdS/JvdH – ertoe kan leiden dat de curator méér werkzaamheden zonder vergoeding heeft te verrichten dan het geval zou zijn indien zij verzet zou kunnen instellen op de enkele grond dat de boedel leeg is. Aan dat bezwaar kan de Hoge Raad echter niet tegemoetkomen: dat zou zijn rechtsvormende taak te buiten gaan.

4. Lege boedelproblematiek

De achtergrond van het leerstuk van curatorenverzet tegen faillietverklaringen ligt (vooral) in de lege boedelproblematiek. Zoals bekend dragen in Nederland diegenen, die zich door de rechtbanken laten aanstellen tot curator, het risico voor de kosten van het onderzoeken en afwikkelen van boedels die daarvoor onvoldoende verhaal bieden – anders dan in landen waar de overheid daarvoor voorzieningen heeft geschapen, zoals de *Insolvency Service* in Engeland. Een middel om op een zo vroeg mogelijk moment van een lege boedel 'af te komen' is daarbij door de professie gevonden in het verzet tegen de faillietverklaring op de grond dat de aanvraag misbruik van bevoegdheid oplevert, waardoor de curator in haar belangen wordt geschaad.

Duidelijk was inmiddels ook voor dit arrest dat zo een verzet slechts slaagt in een beperkt aantal gevallen, met name bij eigen aangiften waar, kort samengevat, na voldoende gedegen onderzoek door de curator naar aanwezige en eventueel te realiseren baten – waaronder uit pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid – blijkt dat voor het bestuur van de rechtspersoon ook de weg van de (turbo-)liquidatie openstond. In die gevallen heeft de curator persoonlijk er een dusdanig belang bij, niet met de kosten te blijven zitten van het werk dat zij als curator in de lege boedel zou moeten verrichten, dat verzet tegen de faillietverklaring kan slagen.

Dit arrest *Boersen q.q./Bpf voor het Levensmiddelenbedrijf* kan worden gekenschetst als (laatste?) poging om de mogelijkheden nog wat verder op te rekken. De Hoge Raad ziet echter binnen de bestaande wettelijke kaders geen ruimte om (nog meer) bij te dragen aan de oplossing van de lege boedelproblematiek en legt de bal grotendeels terug bij de wetgever. De langjarige, talrijke discussies over de nood-

6 Met verwijzing naar HR 1 april 2011, *NJ* 2011/156, r.o. 3.5 en HR 15 december 2017, *NJ* 2018/17, r.o. 3.4.1.

zaak van een structurele oplossing en de mogelijkheden daartoe zullen dus blijven voortduren.
De beslissingen van de Hoge Raad in dit arrest, die de vrij beperkte *scope* van de mogelijkheid van curatorenverzet bevestigen,[7] hoeven, gelet op de leerstukken waarop het curatorenverzet is gebaseerd, niet te verbazen. Noch waar het betreft de vraag of de curator niet toch (ook) q.q. kan opkomen, noch ten aanzien van de invulling van het misbruikcriterium: al levert dit arrest op dat laatste vlak nog wel een mogelijke kleine verruiming op. Op beide onderwerpen gaan wij hieronder nog kort nader in.

5. Pro se of q.q. verzet?

Art. 10 lid 1 Fw bepaalt dat elke schuldeiser en elke belanghebbende in verzet kan komen tegen het vonnis van de faillietverklaring. Men kon zich afvragen of de curator als zodanig er een belang bij heeft dat zij niet een lege boedel hoeft af te wikkelen. In lagere jurisprudentie is dit wel aangenomen,[8] overzees ook nog na *Hoeksma q.q./R.M. Trade*,[9] maar in laatstgenoemde uitspraak heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het toch echt gaat om het belang van de curator in persoon. In deze zaak is de vraag toch nogmaals voorgelegd, met als voorgestelde reden om te differentieren dat het anders zou moeten zijn bij een verzoek door een schuldeiser, dan bij een eigen aangifte. Een en ander is goed mogelijk ingegeven door de opmerking van de Hoge Raad in r.o. 4.2.2 van de *Hoeksma q.q./R.M. Trade*-beslissing: "De Hoge Raad zal de beantwoording van de vragen beperken tot het geval waarin het gaat om een faillissement van een rechtspersoon en dat faillissement op eigen aangifte is uitgesproken", alsmede de wens om alsnog te ontsnappen aan de proceskostenveroordeling *pro se*. Als mr. Boersen immers (ook) q.q. ontvankelijk zou zijn, zou de proceskostenveroordeling mogelijk (alleen) tegen de lege boedel kunnen worden uitgesproken.
Moeilijk is echter in te zien, waarom een verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser op dit punt tot een andere uitkomst zou moeten leiden. De Hoge Raad had in voornoemde beslissing immers geoordeeld dat het persoonlijke belang van de curator erin is gelegen dat zij als gevolg van haar benoeming – die zij niet kan aanvechten – wordt geconfronteerd met de situatie dat zij een wettelijke verplichting heeft tot het verrichten van (mogelijk aanzienlijke) werkzaamheden, zonder dat zij enig uitzicht heeft op een beloning of zelfs maar een vergoeding van de te maken kosten. Daarnaast is zij vanaf het moment dat zij is benoemd als boedelcrediteur aan te merken, waarmee zij in een rechtsbetrekking tot de schuldenaar komt te staan. Of het faillissement wordt uitgesproken op eigen aanvraag of op aanvraag van een schuldeiser, heeft daar geen invloed op en omgekeerd verschijnt er niet een duidelijk belang van de curator q.q. dat er bij eigen aangifte niet is.

6. Misbruik van bevoegdheid

De geschiedenis van de invulling van het misbruikcriterium voor dit soort gevallen gaat iets verder terug. Al in het arrest van 10 november 2000[10] maakte de Hoge Raad uit, overigens in een geval van aangifte door een schuldeiser, dat de Faillissementswet – behoudens in het geval dat aan het verzoek tot faillietverklaring een opheffing van het faillissement van de schuldenaar is voorafgegaan – ervan uitgaat dat de curator een onderzoek instelt naar de aanwezigheid van een vermogen van de schuldenaar of naar de verwachting dat binnen afzienbare tijd zulk een vermogen aanwezig zal zijn.[11] Pas na kennisname van de uitkomsten daarvan kan een verzoek tot faillietverklaring eventueel worden afgewezen op de grond dat de verzoeker, nu voor hem geen enkel positief gevolg te verwachten is van een faillissement van de schuldenaar, misbruik maakt van zijn bevoegdheid dit faillissement aan te vragen. Daar zit al een duidelijke beperking in: de verzoeker heeft *geen enkel* positief gevolg te verwachten.[12] De Hoge Raad slaat ook al het haakje, dat de conclusie 'lege boedel' niet zomaar getrokken mag worden: namelijk pas na onderzoek dat dient te geschieden met een grondigheid *waarvoor de snelle en summiere behandeling van een verzoek tot faillietverklaring doorgaans niet de gelegenheid biedt*.[13]
In het arrest van 28 juni 2013[14] wordt een en ander nog duidelijker. Daar besliste de Hoge Raad dat een eigen aangifte kan worden afgewezen vanwege misbruik van bevoegdheid op basis van de overweging dat er geen bekende baten zijn en een faillissement, in verband met de daaraan verbonden kosten, slechts ertoe kan leiden dat de schulden van de schuldenaar nog verder toenemen en dat bovendien het salaris van een aan te stellen curator niet verhaalbaar zou zijn, waardoor de tot curator aan te stellen persoon onevenredig zou worden benadeeld.[15]
Daarna is vooral in lagere rechtspraak getest wat dan precies nodig is voor de curator om tot de conclusie te mogen komen dat de boedel leeg is en (redelijkerwijs) zal blijven.

7 Zie voor een goed overzicht van literatuur en jurisprudentie *RI* 2018/24 (deze zaak), m.nt. Van Eeden-van Harskamp.
8 Vgl. bijv. Rb. Den Haag 11 maart 2015, *RI* 2015/65; Rb. Rotterdam 10 februari 2015, *RI* 2015/71.
9 Gem. Hof Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba 17 oktober 2017, *JOR* 2018/53, m.nt. B.I. Kraaipoel. Hier was echter wel sprake van een uitzonderlijke situatie, nu de curator verzet instelde omdat de kans bestond dat een aanzienlijke bate in de boedel zou vloeien, die echter werd verkleind door een faillietverklaring. Er was dus niet zozeer sprake van een lege boedel. Dan kan betoogd worden dat het verzet van de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was en dat de curator dus in zijn hoedanigheid een belang had om in verzet te komen. Anders: Kraaipoel in zijn noot bij dit arrest.
10 *NJ* 2001/249.
11 De vraag of sprake was van misbruik van bevoegdheid door het aanvragen van het faillissement kwam in dit arrest overigens al aan de orde bij de behandeling van de faillissementsaanvraag zelf en dus niet in een verzetsprocedure.
12 NB, in *Hoeksma q.q./R.M. Trade* lijkt de Hoge Raad het weer net iets ruimer te nemen als hij spreekt van: "(nagenoeg) geen activa".
13 R.o. 3.4.
14 *NJ* 2013/365.
15 Het hof overwoog voorts nog dat de aanvrager van het faillissement in de onjuiste veronderstelling was dat alleen een faillissement voor hem de weg zou openen naar de schuldsaneringsregeling, nu hij ervan uitging dat de schuldsaneringsregeling voor hem als ondernemer niet rechtstreeks openstond. De bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen werd daarmee gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend, aldus het hof.

Binnen enkele uren na uitspraak van het faillissement verzet instellen, werkt bijvoorbeeld niet: daarin valt (behalve misschien bij hoge uitzondering) geen voldoende/serieus onderzoek te doen.[16] De curator die het faillissement waarin zij is benoemd van tafel wil krijgen aangezien het een lege boedel lijkt te betreffen, en daarom verzet instelt, moet dus daadwerkelijk serieus onderzoek doen. De uitkomst moet evident zijn dat er geen baten zijn en dat deze ook niet meer te verwachten zijn. Het is onvoldoende dat de curator geen volledig beeld van de situatie heeft kunnen krijgen of geen aanwijzingen van baten. Als binnen de korte verzetstermijn niet voldoende duidelijkheid ontstaat, moet het onderzoek maar in faillissement worden voortgezet. Dit alles is de logische invulling van de hoge drempel van 'misbruik'. In dit arrest bevestigt de Hoge Raad deze insteek (*understated*) in r.o. 3.4.2.

Maar de drempel is nog hoger: een lege boedel alleen is niet voldoende. De aanvrager van het faillissement – schuldenaar of schuldeiser idem – moet weten dan wel behoren te weten dat de boedel leeg zou zijn en blijven én (desondanks) geen gerechtvaardigd belang hebben bij de faillietverklaring, eventueel mede gelet op voor hem beschikbare alternatieven. Daarbij kan een voldoende gerechtvaardigd belang zijn om de ontbinding van de rechtspersoon te bewerkstelligen. Zie voor dit alles r.o. 3.4.3. Natuurlijk formuleert de Hoge Raad dit als open norm; dus in voorkomend geval zou ook op basis van andere feiten en omstandigheden tot de conclusie misbruik van bevoegdheid kunnen worden gekomen. De ruimte lijkt echter met dit arrest definitief behoorlijk beperkt te zijn geworden. De enige mogelijke kleine verruiming die de Hoge Raad hier wel nog eens expliciet bevestigt, is dat een en ander óók geldt in geval van een faillissementsaanvrage door een schuldeiser. Het is dus denkbaar dat een curator, of wellicht in voorkomend geval zelfs de schuldenaar, met succes die aanvrage van tafel krijgt met het betoog dat de schuldeiser weet of behoort te weten dat hij niets positiefs van het faillissement te verwachten heeft en daar ook overigens geen gerechtvaardigd belang heeft, en/of zijn belang ook op een andere wijze kan dienen.

16 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, *RI* 2017/44, m.nt. R. van den Sigtenhorst.