

Help, een boedeloverschot: wie vereffent het surplus?

Annotatie bij HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801

mr. M.C. van Genugten¹

1. Inleiding

In het hier besproken arrest geeft de Hoge Raad meer duidelijkheid over de taak van de curator in het geval er voldoende middelen in de boedel aanwezig zijn om alle geverifieerde schuldeisers te voldoen. De vraag is of de curator in dat geval zijn beheers- en vereffeningstaak ex art. 68 Fw mag blijven uitoefenen ten behoeve van niet-verifieerbare schuldeisers (bijvoorbeeld in het kader van rentevorderingen) of aandeelhouders die recht hebben op een eventueel boedeloverschot. Alhoewel een situatie waarbij de boedel voldoende bevat om alle geverifieerde schuldeisers te voldoen zeldzaam is, is deze vraag toch vaker onderwerp van discussie. Een recent voorbeeld van een geval waarin discussie over de taakopvatting van de curator speelt is het faillissement van het Slotervaart ziekenhuis. De rechtbank Amsterdam oordeelde dat met het vooruitzicht op een 100%-uitkering aan schuldeisers de curator geen rechtmatigheidsonderzoek meer behoefde te verrichten.² In een andere recente uitspraak oordeelde de rechtbank Rotterdam echter dat de taak van de curator mede omvat het verrichten van een rechtmatigheidsonderzoek en, indien van toepassing, het aansprakelijk stellen van het bestuur. Dat voldoende vermogen aanwezig is in de boedel voor een 100%-uitkering aan de geverifieerde schuldeisers, maakt niet dat die werkzaamheden van de curator voortijdig dienen te worden gestaakt.³

Het is dus nuttig dat de Hoge Raad meer duidelijkheid geeft. In de hier besproken uitspraak fluit de Hoge Raad curatoren terug die hun takenpakket te breed uitleggen. Zodra de geverifieerde schuldeisers kunnen worden voldaan eindigt de taak tot vereffening en beheer van de boedel van de curator

en dient ook het faillissement te worden beëindigd. Het eventuele resterende vermogen van een rechtspersoon dient niet door de curator te worden vereffend maar door vereffenaar(s) als bedoeld in art. 2:23 lid 1 BW.

Naast het bovenstaande heeft de Hoge Raad in deze uitspraak geoordeeld dat de bestuurder/aandeelhouder van een failliete vennootschap, die zelf ook in staat van faillissement verkeert, ondanks zijn eigen faillissement bevoegd is om een verzoek ex art. 69 Fw te doen in het faillissement van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. Ook hierop zal ik kort ingaan.

Ik zal nu eerst de casus en de procedure bij de rechtbank bespreken om vervolgens in te gaan op de conclusie van de A-G en het oordeel van de Hoge Raad. Daarna zal ik naar aanleiding van een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag⁴ kort ingaan op de vraag of het mogelijk is dat de curator na een 100%-uitkering het boedeloverschot in de hoedanigheid van vereffenaar verder te gelde maakt en verdeelt. Tot slot zal ik kort bespreken hoe de curator in de uitoefening van zijn taak bij voorbaat rekening kan houden met de belangen van derden, zoals aandeelhouders, in geval een boedeloverschot voorzienbaar is.

2. De casus en de uitspraak van de rechtbank.

De casus en het procesverloop zijn de volgende. Een vennootschap kent in totaal drie aandeelhouders. Aandeelhouders 1 en 2 vormen gezamenlijk ook het bestuur. Aandeelhouder 3 is geen bestuurder (meer). De drie aandeelhouders hebben – ieder afzonderlijk – een schuld aan de vennootschap. Bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 hebben verder

1. Mart van Genugten is zelfstandig/interim advocaat te Amsterdam.

2. Rb. Amsterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889, JOR 2019/238 m.nt. Mulder.

3. Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, JOR 2017/208 m.nt. Tekstra.

4. Rb. Den Haag 26 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755.

nog een gezamenlijk familielid dat eveneens een schuld aan de vennootschap heeft.

De vennootschap wordt op enig moment failliet verklaard. De curator spreekt de drie aandeelhouders en het familielid aan tot betaling van hun schuld. Alleen aandeelhouder 3 voldoet zijn schuld. Mede hierdoor is er op enig moment voldoende geld in de boedel aanwezig is om alle geverifieerde schuldeisers te betalen. De andere partijen, bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 en hun gezamenlijke familielid betalen hun schuld aan de boedel niet. Bestuurder/aandeelhouder 2 wordt voorts zelf failliet verklaard.

Bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 willen kennelijk voorkomen dat de curator de vorderingen op hen en hun familielid alsnog incasseert waarna het surplus verdeeld wordt onder eventuele niet-geverifieerde schuldeisers en de drie aandeelhouders, waaronder ook aandeelhouder 3 waarmee zij niet op goede voet lijken te verkeren. Zij vragen de rechter-commissaris op de voet van art. 69 Fw te bevelen dat de curator overgaat tot beëindiging van het faillissement. Zij voeren aan dat er voldoende middelen in de boedel om alle geverifieerde schuldeisers te betalen en dat het voortzetten van de inning van de vorderingen op hen en hun familielid tot meer boedelkosten leidt. De rechter-commissaris wijst het verzoek echter af omdat bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 geen schuldeisers zijn. De bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 stellen hierop ex art. 67 Fw hoger beroep in bij de rechtbank.

De rechtbank⁵ overweegt allereerst dat, omdat bestuurder/aandeelhouder 2 zelf in staat van faillissement verkeert, hij niet bevoegd is om hoger beroep in te stellen omdat het verzoek voor hem vermogensrechtelijke gevolgen heeft. Alleen zijn curator kan het beroep instellen, aldus de rechtbank.

Verder overweegt de rechtbank dat de curator in het faillissement van de vennootschap alle activa te gelde dient te maken, gelet op de belangen van de concurrente schuldeisers (niet verifieerbare rentevorderingen), eventuele andere rechthebbenden en de aandeelhouders na het faillissement. Dit geldt te meer nu aandeelhouder 3 zijn schuld aan de vennootschap heeft voldaan maar de schulden van bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 nog niet zijn voldaan. Daarnaast heeft het familielid van bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 nog een schuld aan de vennootschap. Afwikkeling van het faillissement zou leiden tot selectieve inning van debiteuren, hetgeen niet in het belang van de schuldeisers en (alle) aandeelhouders is. De rechtbank ziet daarom geen aanleiding het verzoek om de curator te bevelen over te gaan tot beëindiging van het faillissement, toe te wijzen.

Bestuurders/aandeelhouders 1 en 2 stellen cassatieberoep in tegen enerzijds de beslissing dat bestuurder/aandeelhouder 2 niet-ontvankelijk is en an-

derzijds tegen de afwijzing van het verzoek om de curator te bevelen het faillissement te beëindigen.

De curator stelt incidenteel cassatieberoep in omdat in zijn optiek ook bestuurder/aandeelhouder 1 niet ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Dit incidentele cassatieberoep wordt afgedaan met toepassing van art. 81 RO. Ik laat het daarom buiten beschouwing.

3. De conclusie van de A-G

In zijn conclusie⁶, die de Hoge Raad niet volgt, gaat de A-G gaat uitgebreid in op enerzijds de vereffening conform de Faillissementswet en anderzijds de vereffening op grond van boek 2 BW. Ook maakt de A-G onderscheid tussen de vereffening van het vermogen van een natuurlijk persoon en van een rechtspersoon.

De A-G neemt als uitgangspunt dat de tekst van de Faillissementswet voorschrijft dat in geval van een overschot in de boedel, de rechter-commissaris de uitdeling moet bevelen (art. 179 Fw) en het faillissement na deze uitdeling eindigt (art. 193 Fw). Volgens de A-G is hierbij echter ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen het faillissement van een natuurlijk persoon en van een rechtspersoon. Een natuurlijk persoon neemt na toepassing van art. 179 Fw en art. 193 Fw namelijk gewoon weer deel aan het maatschappelijk verkeer. Het is dan ook van belang dat na betaling van schuldeisers zijn faillissement zo snel mogelijk wordt beëindigd en de gefailleerde weer kan beschikken over zijn vermogen. Een rechtspersoon wordt op grond van art. 2:19 lid 1 aanhef en onder c BW na zijn faillietverklaring echter ontbonden, op het moment dat deze in staat van insolventie raakt (wat volgens art. 173 lid 1 Fw het geval is als tijdens de verificatievergadering met de geverifieerde schuldeisers geen akkoord tot stand komt). Na die ontbinding blijft de rechtspersoon volgens art. 2:19 lid 5 BW slechts voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. De bestuurders treden op als vereffenaars, tenzij de statuten of een rechter anders bepalen. Anders dan voor een natuurlijk persoon, geldt dus voor een rechtspersoon niet dat een beëindiging van het faillissement – anders dan op grond van een akkoord – ertoe leidt dat de rechtspersoon haar gewone positie in het maatschappelijk verkeer herkrijgt; die positie is definitief passé. Slechts de voortzetting van de vereffening van het vermogen van de ontbonden rechtspersoon kan nog aan de orde zijn. Eindigt de vereffening, dan houdt de rechtspersoon op te bestaan (art. 2:19 lid 6 BW).

Volgens de A-G is door de wetgever bedoeld om via art. 179 en 193 Fw een natuurlijk persoon zijn normale positie terug te geven, maar is in geval van een rechtspersoon bedoeld om de curator het vermogen van de rechtspersoon volledig te laten vereffenen.

5. Rb. Gelderland, 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1985, JOR 2019/232 m.nt. Kraaiapoel.

6. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1373, bij HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801.

De wetgever zou daarbij niet gedacht hebben aan een mogelijkheid van een boedeloverschot. Hij is ervan uitgegaan dat de vereffening van de failliete boedel en de vereffening van het vermogen van de rechtspersoon steeds gelijktijdig plaatsvinden. Iets anders is volgens de A-G onwenselijk omdat, indien de curator niet opkomt voor de belangen van andere rechthebbenden in geval van een overschot, zij als gevolg van het faillissement geen beroep kunnen doen op de waarborgen uit boek 2 BW die gelden indien de rechter de ontbinding uitspreekt (art. 2:22 BW en 2:23 lid 1 BW). Zij moeten vertrouwen op het bestuur dat als vereffenaar optreedt. Het voorafgaande faillissement, dat gelet op het boedeloverschot wellicht overbodig was, is geen aanbeveling van de bestuurders voor de rol van vereffenaar. Ook is de curator bij uitstek geschikt tot vereffening van het overschot; dit is bovendien doelmatig. Daarnaast zijn er vaak bijzondere omstandigheden, zoals ook in deze casus waarbij een aandeelhoudersconflict lijkt te bestaan, die ook maken dat het beter is dat de curator de vereffening voltooit in plaats van dat de bestuurders deze taak overnemen. Kortom, als de curator wordt gedwongen om de vereffening te moeten staken zodra er een boedeloverschot ontstaat, om de vereffening vervolgens aan de bestuurders over te laten, is dat volgens de A-G geen wenselijk recht.

De A-G onderkent dat art. 179 en 193 Fw strikt genomen weinig ruimte laten om het de curator toe te staan de verdere vereffening te laten verrichten, indien er een boedeloverschot is. De benodigde ruimte vloeit volgens de A-G dan ook niet rechtstreeks voort uit de wet maar kan worden gezocht in de in literatuur en jurisprudentie erkende pluriformiteit van de door de curator te behartigen belangen, waaronder ook de belangen van de gefailleerde en aandeelhouders. De A-G concludeert dat een redelijke wetstoepassing leidt tot een harmonische overgang tussen de beëindiging van het faillissement door een volledige uitkering en het voortzetten door de curator van de vereffening van het vermogen op grond van de bepalingen van Boek 2:23a-23c BW. Verder zou de rechtbank bij de beoordeling van een verzoek ex art. 69 Fw rekening mogen houden met het feit dat een verdere vereffening van de ontbonden rechtspersoon door de curator te prefereren valt, om verdere verwickelingen te voorkomen. Kortom, volgens de A-G was de rechtbank niet gehouden het verzoek ex art. 69 Fw om de curator te bevelen het faillissement te beëindigen te honoreren. Het mag de curator worden toegestaan de vereffening voort te zetten. Het cassatieberoep dient volgens de A-G te worden verworpen.

4. De uitspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt anders en vernietigt de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

4.1. Ontvankelijkheid ondanks faillietverklaring

De Hoge Raad oordeelt allereerst dat bestuurder/aandeelhouder 2 ook ontvankelijk is ondanks zijn faillietverklaring. Het verzoek ex art. 69 Fw en het daaropvolgende beroep ex art. 67 Fw heeft hij ingesteld in zijn hoedanigheid van bestuurder van de failliete vennootschap. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat alleen de curator in zijn faillissement bevoegd zou zijn dit verzoek en beroep in te stellen. Het faillissement betreft immers alleen (de vereffening van) het vermogen van de schuldenaar en niet de persoon en de daaraan verbonden rechten. De persoon blijft in het genot van zijn burgerlijke rechten en bevoegdheden. Daartoe behoort de bevoegdheid om als bestuurder een rechtspersoon te vertegenwoordigen en in die hoedanigheid een verzoek ex art. 69 Fw in te stellen. Deze bevoegdheid vervalt niet doordat het verzoek ex art. 69 Fw ook vermogensrechtelijke gevolgen voor de bestuurder zelf zou hebben.

Wat mij opvalt is dat de Hoge Raad in zijn motivering alleen verwijst naar de wetsgeschiedenis anno 1893⁷ terwijl in die tijd nog geen sprake was van vertegenwoordiging en bestuurderschap van een rechtspersoon en dus moeilijk geanticipeerd kon worden op de vraag of rechten verbonden aan bestuurderschap in de boedel vallen of niet. In een andere recente uitspraak is de Hoge Raad in het kader van een door de gefailleerde ingestelde rectificatievordering wel wat uitgebreider ingegaan op het onderscheid tussen vorderingen die een tot de boedel behorend recht tot onderwerp hebben en vorderingen waarbij daarvan geen sprake is.⁸ Op bestuurderschap is daarbij niet specifiek ingegaan, omdat dat ook geen onderdeel was van de rechtsstrijd. Duidelijk is op basis van eerdere lagere jurisprudentie dat de curator van een failliete bestuurder niet als gevolg van het faillissement bevoegd is tot vertegenwoordiging van de bestuurde entiteit maar de curator wel bevoegd is om de rechten op de aandelen uit te oefenen indien hiermee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.⁹ Een failliet verklaarde bestuurder/aandeelhouder verliest dus wel zijn bevoegdheden als aandeelhouder.

4.2. De taak van de curator wordt beëindigd bij het bereiken van het doel van het faillissement

De kern van de zaak is de vraag of de curator bevoegd is om in het belang van niet geverifieerde schuldeisers (in het kader van rentevorderingen) en aandeelhouders de vereffening van het vermo-

7. Van der Feltz I, p. 339.

8. HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:416, X/Bureau Integriteit B.V.

9. Gerechtshof Arnhem, 23 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW3806, JOR 2013/203 m.nt. Schuijling, Hama Rent B.V./M.L. Investments B.V.

gen van de vennootschap voort te zetten, terwijl er voldoende vermogen aanwezig is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen.

De Hoge Raad overweegt dat in onder andere zijn uitspraak van 24 maart 2017 in het kader van de onderbouwing van het pluraliteitsvereiste¹⁰, geoordeeld is dat het faillissement ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers. Art. 193 lid 1 Fw bepaalt daarom ook dat het faillissement van rechtswege eindigt zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd. Het doel van het faillissement is dan bereikt. De beheers- en vereffeningstaak van de curator ex art. 68 Fw eindigt hiermee.

De Hoge Raad verwijst verder naar art. 179 Fw dat bepaalt dat de rechter-commissaris tijdens het faillissement een uitdeling aan de geverifieerde schuldeisers beveelt 'zo dikwijls er voldoende gerede penningen aanwezig zijn'. In Van der Feltz staat hierover dat wanneer 100% kan worden uitbetaald, de rechter-commissaris daarvan de uitdeling zal bevelen, waarmee het faillissement ten einde zal zijn.¹¹ Hoewel art. 179 Fw geen termijn bevat waarbinnen de rechter-commissaris, nadat is gebleken dat voldoende uitkeerbare gelden aanwezig zijn, genoemd bevel moet geven, volgt zowel uit de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling, als uit het doel van het faillissement, dat de uitdeling in ieder geval moet worden bevolen zodra blijkt dat voldoende gelden aanwezig zijn om alle geverifieerde schuldeisers volledig te voldoen. De Hoge Raad trekt hieruit de conclusie dat zodra de boedel toereikend is voor volledige uitbetaling van de geverifieerde schuldeisers, het de curator niet vrijstaat om overige activa te gelde te maken en de vereffening voort te zetten ten behoeve van andere niet geverifieerde schuldeisers, of in geval van een vennootschap, de aandeelhouders.

De Hoge Raad wijst op basis van zijn eigen eerdere jurisprudentie¹² wel erop dat de curator bij het beheer en vereffening van de boedel ook rekening dient te houden met andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Daaruit kan echter niet worden opgemaakt dat de curator de vereffening mag voortzetten ten behoeve van andere dan geverifieerde schuldeisers. Zodra er een boedeloverschot aanwezig is eindigt de beheer- en vereffeningstaak van de curator en dus ook de mogelijkheid om rekening te houden met de belangen van anderen dan de schuldeisers.

De Hoge Raad overweegt tot slot dat na het einde van het faillissement (op het moment dus dat de geverifieerde schuldeisers zijn voldaan), indien de rechter geen andere vereffenaars heeft benoemd en de statuten geen andere vereffenaars aanwij-

zen, de bestuurders van de rechtspersoon met de vereffening van het resterende vennootschapsvermogen zijn belast (art. 2:23 lid 1 BW).

5. Benoeming curator als vereffenaar bij voorbaat? (Rechtbank Den Haag, 26 maart 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2755))

Het is in de praktijk begrijpelijk dat de curator (en andere belanghebbenden) de wens hebben dat de curator de vereffening van het vermogen van een vennootschap voltooit, ook nadat er voldoende is gerealiseerd voor geverifieerde schuldeisers. Indien de curator deze taak niet op zich neemt, worden de bestuurders vereffenaar. Zij zitten na afwikkeling van het faillissement vaak niet (meer) op deze taak te wachten. Verder zijn de bestuurders soms zelf rechthebbenden (als aandeelhouder) en zullen andere rechthebbenden dan liever een onafhankelijke vereffenaar zien. De bestuurders/vereffenaars zullen zich verder vaak laten bijstaan door een juridisch deskundige op het gebied van vereffening. Op basis van de uitspraak van de Hoge Raad is echter duidelijk dat er geen harmonische overgang tussen de werkzaamheden van de curator ten behoeve van de geverifieerde schuldeisers en de werkzaamheden als vereffenaar van een surplus kan worden gecreëerd. Toch kan de curator ook als vereffenaar van het surplus optreden. De curator zal dan krachtens de statuten/aandeelhoudersvergadering of door rechter ex art. 2:23 BW moeten worden aangewezen als vereffenaar (uiteraard in persoon en niet in zijn hoedanigheid als curator). Een benoeming door de rechter zal de voorkeur verdienen omdat in dat geval de hoedanigheid van vereffenaar onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering valt en de rechter ook een rechter-commissaris kan aanstellen in de vereffening (art. 2:23a lid 3 BW).

Uit een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake het faillissement van Mexx¹³ blijkt dat de rechtbank een verzoek tot benoeming van de curator als vereffenaar van het surplus ex art. 2:23 BW heeft gehonoreerd. Uit de uitspraak kan worden opgemaakt dat de belanghebbenden bij het surplus (het bestuur, de vennootschap en de aandeelhouder) instemden met de aanstelling van de curator als vereffenaar. Het verzoek tot benoeming tot vereffenaar is ingediend en toegewezen terwijl de beoogde 100%-uitdeling aan schuldeisers nog niet in gang is gezet. De rechtbank benoemt de curator tijdens het faillissement 'alvast tot vereffenaar'. Een vergelijkbare handelswijze werd toegepast in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam in het faillissement van Van der Moolen¹⁴ waarin de curatoren tot vereffenaars werden benoemd tijdens het faillissement. Het verzoek tot benoeming werd hier overigens kennelijk mede ingegeven door een

10. ECLI:NL:HR:2017:488, NJ 2018/225 met annotatie van F.M.J. Verstijlen.

11. Van der Feltz II, p. 237.

12. Zie bijvoorbeeld HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, rov. 3.4.2 en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, rov. 3.5.2.

13. Rb. Den Haag 26 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755.

14. Rb. Amsterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3751.

bestuurdersaansprakelijkheidsvordering die het boedeloverschot oversteeg. Hierdoor liepen de curatoren aan tegen het verweer dat een dergelijke vordering niet door hen kon worden ingesteld omdat hun taak vervuld is als het boedeltekort wordt aangezuiverd. De motivering van de rechtbank om het verzoek tot benoeming van de curatoren als vereffenaars toe te wijzen was verder (mede) dat de vennootschap geen bestuurders (meer) kende. Omdat de vennootschap was ontbonden doordat bij de verificatievergadering geen akkoord was aangeboden (art. 173 Fw jo 2:19 lid 1 sub c) kon geen nieuwe bestuurder, maar enkel nog een vereffenaar worden benoemd, waarbij de curatoren de meest voor de hand liggende personen waren. De rechtbank Den Haag in de *Mexx*-zaak doet verder de suggestie dat de curator wacht met het deponeren en uitdelen totdat hij – als vereffenaar – ook het surplus kan vereffenen en uitdelen. Deze ‘sluiproute’ wordt ook door de A-G niet ontoelaatbaar geacht. In de redenering van de Hoge Raad is dit echter niet toegestaan. Het faillissement wordt beëindigd zodra de geverifieerde schuldeisers volledig kunnen worden voldaan, waarna de vereffenaar ten behoeve van overige belanghebbenden de vereffening voortzet. Ik vraag mij af of het wenselijk is dat een curator zich tijdens het faillissement mede als vereffenaar laat benoemen, al dan niet met het oog op de periode na het faillissement. De curator heeft dan twee petten op en moet de belangen zowel geverifieerde schuldeisers als niet-geverifieerde schuldeisers en aandeelhouders behartigen. Die belangen lopen niet altijd synchroon. Om een voorbeeld te geven, indien alle geverifieerde vorderingen nagenoeg kunnen worden voldaan hebben de geverifieerde schuldeisers belang bij een snelle afwikkeling van een nog lopend geschil met een wat minder hogere opbrengst, terwijl de overige gerechtigden en aandeelhouders wellicht alleen belang hebben bij het voeren van een langdurige procedure met een mogelijk hogere opbrengst, omdat zij anders (nagenoeg) niets ontvangen. Ik denk dus dat tenzij er bijzondere omstandigheden zijn, het beter is dat de curator de hoedanigheid van vereffenaar nog niet aanneemt zolang het faillissement nog niet is geëindigd.

Indien een naadloze overgang van faillissement naar vereffening wordt beoogd zou naar mijn mening om discussie te voorkomen de meest zuivere weg zijn dat de rechtbank de curator als vereffenaar benoemt vanaf de dag waarop het faillissement zal zijn geëindigd. Dit kan worden bewerkstelligd door het verzoek gedurende de afwikkeling van het faillissement in te dienen en te laten behandelen, maar de rechtbank te verzoeken de (eind)beschikking aan te houden tot duidelijk is wanneer het faillissement eindigt. Bedacht moet verder steeds worden dat het bestuur (tenzij de statuten anders bepalen) van rechtswege optreedt als vereffenaar, vanaf het moment van ontbinding van de vennootschap, die plaatsvindt indien er op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden. Vanaf dat moment zijn de vereffenaar (het oud-bestuur) en de curator dus beide in functie. Pas als er aanleiding is het

bestuur (al dan niet op eigen verzoek) te onthef-
fen van deze taak komt de (oud)curator wellicht in
beeld als de meest gereede persoon om deze taak te
vervullen.¹⁵

6. In hoeverre moet de curator tijdens het faillissement rekening houden met belangen van derden bij een surplus?

De uitspraak van de Hoge Raad ziet op de situatie waarbij er inmiddels voldoende gelden in de boedel aanwezig zijn om alle geverifieerde schuldeisers te voldoen, terwijl er daarnaast nog activa zijn die te gelde zouden kunnen worden gemaakt. Het is door de uitspraak duidelijk dat in dat geval de curator zijn werkzaamheden moet staken en geen ‘vereffenaar mag spelen’. Maar stel dat er in de boedel diverse vermogensbestanddelen aanwezig zijn en het duidelijk is dat tegeldemaking van alle vermogensbestanddelen zou leiden tot een overschot in de boedel. Moet de curator dan bij voorbaat afzien van pogingen alles te gelde te maken? En hoe maakt hij een selectie? Of moet hij juist zekerheidshalve alles te gelde maken, rekening houdend met mogelijke waardedalingen ten koste van de rechthebbenden bij een surplus? De Hoge Raad laat zich in de hier besproken uitspraak hier niet over uit omdat dit geen onderdeel van de rechtsstrijd was. Hij bevestigt onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie¹⁶ wel dat de curator zolang hij ten behoeve van de verifieerbare schuldeisers zijn beheers- en vereffeningstaak uitoefent, ook rekening moet houden met andere bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel betrokken belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers.

In zijn annotatie bij de uitspraak van de Rechtbank Gelderland¹⁷ in de eerdere instantie merkt Kraaijpoel op dat in geval van een natuurlijk persoon het bij deze betrokken belangen met name gaat om het belang van de gefailleerde en in geval van een vennootschap het belang van de aandeelhouders. Daarnaast zijn er natuurlijk de belangen van niet geverifieerde schuldeisers met bijvoorbeeld rentevorderingen. Voor een uitgebreider overzicht kan worden verwezen naar de bijdrage ‘De curator en het belang van de (aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon’, in: *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019) waarin Bosvelt en Lok ten aanzien van een vennootschap concluderen: ‘Het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde treedt meer op de voorgrond op het moment dat de verwachting op een boedeloverschot reëler is. Als dit aan de orde is, dan is

15. Zie in die lijn ook Rb. Amsterdam, 7 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1891 en Rb. Den Haag 22 januari 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:301.

16. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, rov. 3.4.2 en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, rov. 3.5.2.

17. Rb. Gelderland, 8 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1985, JOR 2019/232 m.nt. Kraaijpoel.

du meer van belang dat de curator rekening houdt met zijn belangen (en wensen).' De curator doet er dan ook goed aan om in geval van een mogelijk overschot op voorhand te bepalen op welke wijze bij de uitoefening van zijn taak al rekening gehouden wordt met de belangen van derden. Meer concreet zou ik willen stellen dat de curator waar mogelijk de gefailleerde, de niet verifieerbare schuldeisers en aandeelhouders dient te betrekken in zijn aanpak tot tegeldemaking van het vermogen om discussie achteraf te voorkomen. Bedacht moet ook worden dat een aandeelhouder en niet verifieerbare schuldeiser niet de waarborg kennen ex art. 69 Fw waarmee zij kunnen opkomen tegen de handelwijze van de curator. Zij kunnen dus anders dan door overleg met de curator, geen invloed uitoefenen.

Een ander belang waarover vaak wordt gesproken is het maatschappelijk belang, zoals bijvoorbeeld vervat in de verplichting om melding te maken van onregelmatigheden om faillissementsfraude te bestrijden ex art. 68 lid 2 Fw. Mulder onderbouwt in zijn annotatie bij de Slotervaart beschikking van de rechtbank Amsterdam¹⁸ dat de behartiging van eventuele maatschappelijke belangen niet per definitie achterwege dient te blijven indien er een 100%-uitkering mogelijk is. Het moet een curator in een dergelijk geval niet bij voorbaat worden verboden om die belangen na te streven, bijvoorbeeld door via een rechtmatigheidsonderzoek bepaalde signalen of aanwijzingen nader te onderzoeken. Wel zal de curator goed moeten onderbouwen waarom in geval er geen boedeltekort is een dergelijk onderzoek nog zinvol en noodzakelijk is en zullen de kosten en omvang zo beperkt mogelijk moeten worden gehouden.

18. Rb. Amsterdam, 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889, JOR 2019/238 m.nt. Mulder.