

**JOR 2018/130, Gerechtshof Amsterdam 05-12-2017,
ECLI:NL:GHAMS:2017:5065, 200.221.350/01 (met annotatie van
M.C. van Genugten) Faillissement Oi, Geen tussenkomst of voeging
van failliet in door curator ingestelde procedure, Verwijzing en
samenhang met HR 7 juli 2017, «JOR» 2017/305 en «JOR»
2017/306, beide m.nt. Tekstra**

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 68](#), [FW artikel 69](#), [RV artikel 217](#), [RV artikel 217](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHAMS:2017:5065](#), [INS-Updates.nl 2018-0002](#) , [RI 2018/26](#)

**JOR 2018/130, Gerechtshof Amsterdam, 05-12-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5065,
200.221.350/01 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Faillissement Oi, Geen tussenkomst of voeging van failliet in door curator ingestelde procedure, Verwijzing en samenhang met HR 7 juli 2017, «JOR» 2017/305 en «JOR» 2017/306, beide m.nt. Tekstra

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	05-12-2017
Publicatie	JOR 2018/130 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2018
Annotator	M.C. van Genugten
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2017:5065

Zaaknummer	200.221.350/01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHAMS:2017:5065 AR 2017/6673 RI 2018/26 INS-Updates.nl 2018-0002
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	mr. Tromp mr. Jurgens mr. De Jongh
Partijen	Oi Brasil Holdings Coöperatief UA, in staat van faillissement, te Amsterdam, appellante, advocaten: mr. L.P. Kortmann en mr. V.G.M. Leferink, tegen 1. mr. J.R. Berkenbosch te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van appellante, geïntimeerde, advocaten: mr. C.E. Drion, mr. C.C.E. Korteweg en mr. S.C. Pepels, 2. de vennootschap naar Braziliaans recht Oi SA, em recuperação judicial, te Rio de Janeiro (Brazilië), geïntimeerde, advocaten: mr. S.J.H.M. Berendsen, mr. L.J.J. Kerstens en mr. H.K. Schrama, 3. de vennootschap naar Braziliaans recht Oi Móvel SA, em recuperação judicial, te Rio de Janeiro (Brazilië), geïntimeerde, advocaten: mr. A. van Hees en mr. J.E.P.A. van Hooff.
Regelgeving	Fw - 68 Fw - 69 Rv - 217

Samenvatting

Uit de Memorie van Toelichting bij de art. 25-30 Fw volgt dat de wetgever een stelsel voor ogen heeft gehad waarin de curator in beginsel het procesbeleid in een rechtsgeding ten behoeve de boedel bepaalt. In dat proces kan de gefailleerde alleen interveniëren door middel van een verzoek op grond van art. 69 Fw aan de rechter-commissaris dat bij gegrondbevinding dan kan leiden tot een bevel van de rechter-commissaris aan de curator om zijn procesbeleid overeenkomstig het verzoek van de gefailleerde te wijzigen. Oi Coop (failliet) stelt dat zij echter niet opkomt voor het boedelbelang, hetgeen het terrein van de curator is, maar voor een eigen, persoonlijk belang. Zij streeft naar een herstructurering teneinde daardoor liquidatie van haar onderneming te voorkomen. Toewijzing van de incidentele vordering van de curator zal ertoe leiden dat zij

geen akkoord kan aanbieden. Zij ontplooit namelijk zelf geen activiteiten, zodat de continuïteit van de Oi Groep essentieel voor haar is om te herstructureren en een akkoord aan te bieden. Dit betoog kan Oi Coop echter niet baten. De vorderingen die de curator jegens Oi SA en Oi Móvel heeft ingediend op grond van de Faillissementspauliana en uit onrechtmatige daad, betreffen rechten die tot de failliete boedel, respectievelijk aan de gezamenlijke schuldeisers behoren. Deze vorderingen worden door de curator ingesteld. In faillissement geldt in beginsel niet dat het belang van de coöperatie waaraan een onderneming is verbonden, vooral wordt bepaald door het bestendige succes van die onderneming. Dat het indirecte gevolg van het slagen van (een van) de door de curator ingestelde vorderingen zou kunnen zijn dat Oi Coop geen akkoord in haar faillissement kan aanbieden en daardoor ophoudt te bestaan, is dan ook geen reden om af te wijken van het stelsel dat de wetgever voor ogen heeft gehad. Het is nu eenmaal een gegeven dat de uitoefening van de taak van de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw tot afwikkeling van een failliete boedel tot gevolg kan hebben dat de gefailleerde rechtspersoon ophoudt te bestaan. Aldus zijn de persoonlijke belangen van de rechtspersoon ondergeschikt aan de vermogensrechtelijke belangen (van de boedel) van de rechtspersoon in geval van faillissement. Aan een afweging van deze belangen wordt in een procedure betreffende rechten behorende tot de failliete boedel dan ook niet meer toegekomen, ook niet in het kader van een incident voorlopige voorziening. Het feit dat de Hoge Raad tijdens de mondelinge behandeling van twee gezamenlijk behandelde cassatierekestes, waarin centraal stond de omzetting van een surseance in faillissement van Oi Coop respectievelijk Portugal Telecom International Finance BV (PTIF), (HR 7 juli 2017, «JOR» [2017/305](#), respectievelijk HR 7 juli 2017, «JOR» [2017/306](#), beide m.nt. Tekstra) PTIF heeft gehoord, leidt niet tot een ander oordeel. De Hoge Raad had PTIF als belanghebbende uit anderen hoofde dan enkel als schuldeiser aangemerkt. In dit verband is van belang dat PTIF, net als Oi Coop, onderdeel van de Oi Groep is en dat een groot deel van de financiering van de Oi Groep via deze twee Nederlandse financieringsmaatschappijen loopt. Voorts heeft Oi Coop in de cassatieprocedure gesteld dat in het belang van het welslagen van de herstructureringsprocedure in Brazilië en daarmee in het belang van de boedel als geheel, de aan haar en PTIF verleende surseance ondergeschikt dient te zijn aan de Braziliaanse procedure en daarom gehandhaafd moet worden. Die specifieke context moet worden onderscheiden van het onderhavige geval, waarin de curator van Oi Coop bevoegdheden uitoefent die exclusief aan hem zijn opgedragen en waarin aan Oi Coop als belanghebbende de weg van art. 69 Fw openstaat. Tegen deze achtergrond kan aan het feit dat PTIF tijdens de mondelinge behandeling van het cassatieberoep inzake het verzoek tot omzetting van de surseance van Oi Coop in haar faillissement, dat tezamen met het soortgelijke cassatieberoep betreffende PTIF is behandeld, is gehoord door de Hoge Raad geen argument in de onderhavige zaak worden ontleend.

Uitspraak

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 2 augustus 2017 onder 2.1 tot en met 2.5 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

2.1. Oi Coop maakt deel uit van een groep vennootschappen (hierna: de Oi Groep). Enig lid van Oi Coop is Oi S.A., de Braziliaanse moedervenootschap van de Oi Groep.

2.2. Oi Coop heeft op 20 juni 2016, tezamen met Oi S.A. en vijf andere groepsvennootschappen, waaronder Oi Móvel, een verzoekschrift ingediend voor de opening van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië (recuperação judicial, hierna: de RJ-procedure). De Braziliaanse rechter heeft dit verzoek op 29 juni 2016 ingewilligd. Het doel van de RJ-procedure is om de Oi Groep going

concern te herstructureren door een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers en de Braziliaanse rechter goed te keuren akkoord, en zodoende liquidatie te voorkomen.

2.3. Bij beschikking van 9 augustus 2016 heeft de rechtbank Amsterdam voorlopige surseance van betaling verleend aan Oi Coop.

2.4. Een aantal schuldeisers van Oi Coop heeft op grond van artikel 242 Fw verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling alsmede failliet-verklaring van Oi Coop. De bewindvoerder in die surseance, thans de curator van Oi Coop, heeft hetzelfde verzoek gedaan. De rechtbank Amsterdam heeft de verzoeken bij beschikking van 2 februari 2017 («JOR» 2017/116, m.nt. Van Galen; *red.*) afgewezen, waartegen bedoelde schuldeisers hoger beroep hebben ingesteld.

Bij beschikking van 19 april 2017 heeft het gerechtshof Amsterdam voormelde beschikking van de rechtbank vernietigd, de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en Oi Coop in staat van faillissement verklaard.

Bij beschikking van de Hoge Raad van 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280 («JOR» 2017/305, m.nt. Tekstra onder «JOR» 2017/306; *red.*), is het cassatieberoep tegen voormelde beschikking van het hof verworpen.

3. Beoordeling

3.1. De curator vordert in de hoofdzaak – kort samengevat – (i) een verklaring voor recht dat bepaalde leningovereenkomsten en betalingen onder die leningen tussen enerzijds Oi Coop en anderzijds Oi S.A. en Oi Móvel door de curator rechtsgeldig zijn vernietigd op grond van de actio Pauliana, althans dat de rechtbank deze rechtshandelingen nietig zal verklaren, (ii) de terugbetaling door Oi S.A. en Oi Móvel van ontvangen gelden onder de vernietigde rechtshandelingen alsmede (iii) een verklaring voor recht dat Oi S.A. en Oi Móvel onrechtmatig hebben gehandeld tegen de gezamenlijke schuldeisers van Oi Coop en (iv) de veroordeling van Oi S.A. en Oi Móvel tot vergoeding van de daardoor geleden schade, nader op te maken bij staat.

De curator vordert in het incident voorlopige voorziening een voorschot van bijna € 1,7 miljard op de door Oi S.A. en Oi Móvel te betalen schadevergoeding.

3.2. Oi Coop vordert in het incident tot tussenkomst/voeging dat haar in de hoofdzaak wordt toegestaan om tussen te komen, althans zich te voegen aan de zijde van Oi S.A. en Oi Móvel teneinde te concluderen tot onder meer afwijzing van de vorderingen van de curator in de hoofdzaak en in het incident voorlopige voorziening. Oi S.A. en Oi Móvel hebben in eerste aanleg geconcludeerd tot toewijzing van de incidentele vordering van Oi Coop en de curator heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank.

De rechtbank heeft de incidentele vordering van Oi Coop afgewezen en daartoe onder meer het volgende overwogen. De vorderingen in de hoofdzaak en in het incident voorlopige voorziening betreffen rechtsvorderingen “welke rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben” (art. 25 Fw) en het past niet in het systeem van de wet (vgl. art. 27 lid 3 Fw) om de gefailleerde in een dergelijke procedure een eigen positie als tussenkomende of gevoegde partij te verschaffen. Indien het bestuur van Oi Coop zich wenst te verzetten tegen handelingen van de curator in haar faillissement, kan zij op de voet van art. 69 lid 1 Fw trachten bij de rechter-commissaris in het faillissement een tot de curator gericht bevel te verkrijgen tot het nalaten van die handelingen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Oi Coop met twee grieven op.

3.3. Het hof ziet aanleiding de grieven gezamenlijk te behandelen. Zij komen, kort samengevat, op het volgende neer. Ook in procedures die rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende tot onderwerp hebben, kan de gefailleerde een belang hebben zelf op te komen. Dit heeft de Hoge Raad onlangs bevestigd in zijn onder 2.4 genoemde beschikking. Het belang van Oi Coop is erin gelegen dat de vorderingen van de curator (onomkeerbare) schade toebrengen aan haar en haar gezamenlijke schuldeisers, hetgeen zij wenst te voorkomen. De mogelijkheid voor Oi Coop om zich te beroepen op art. 69 Fw sluit een beroep op andere rechtsingangen niet uit.

Oi S.A. en Oi Móvel onderschrijven de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis. De curator voert gemotiveerd verweer.

3.4. Het hof deelt het oordeel en de motivering van de rechtbank. Het hof overweegt daartoe als volgt.

De memorie van toelichting bij de art. 25-30 Fw, (S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave van der Feltz I*, 1994, blz. 366), luidt, voor zover hier van belang:

“Voor zooveel de realisatie van den boedel betreft zijn de belangen van de schuldeischers en van den gefaillieerde identiek. Waar de curator die belangen in een proces niet goed mocht behartigen, is de rechter-commissaris, die over het geheele beheer heeft te waken, de aangewezen persoon om den curator tot zijn plicht te brengen. Als correctief den schuldenaar als medeëischer of medegedaagde toe te laten is geheel onnoodig, te meer daar artikel 69 van het Ontwerp den gefaillieerde gelegenheid geeft zoo nodig voor de belangen van den boedel op te komen. Behoudens de bepaling van dit artikel en van het toezicht van den rechter-commissaris behoort aan den curator de beslissing te verblijven over hetgeen er voor den boedel moet worden gedaan, of een proces al dan niet ingesteld of voortgezet zal worden, en welke defensies er gevoerd zullen worden.”

Hieruit volgt dat de wetgever een stelsel voor ogen heeft gehad waarin de curator in beginsel het procesbeleid in een rechtsgeding ten behoeve de boedel bepaalt. In dat proces kan de gefaillieerde alleen interveniëren door middels van een verzoek op grond van art. 69 Fw aan de rechter-commissaris dat bij gegrondbevinding dan kan leiden tot een bevel van de rechter-commissaris aan de curator om zijn procesbeleid overeenkomstig het verzoek van de gefaillieerde te wijzigen.

3.5. Oi Coop stelt dat zij echter niet opkomt voor het boedelbelang, hetgeen het terrein van de curator is, maar voor een eigen, persoonlijk belang. Zij streeft naar een herstructurering teneinde daardoor liquidatie van haar onderneming te voorkomen. Toewijzing van de incidentele vordering van de curator tot betaling van een voorschot van circa € 1,7 miljard zal ertoe leiden dat zij geen akkoord kan aanbieden. Zij ontplooit namelijk zelf geen activiteiten, zodat de continuïteit van de Oi Groep essentieel voor haar is om te herstructureren en een akkoord aan te bieden. Oi S.A. en Oi Móvel kunnen het bedrag van circa € 1,7 miljard niet missen. Aan het einde van het tweede kwartaal 2017 was in totaal voor de Oi Groep € 2 miljard aan beschikbare cash aanwezig, hetgeen nodig is voor de operationele activiteiten, aldus Oi Coop.

Dit betoog kan Oi Coop echter niet baten. De vorderingen die de curator jegens Oi S.A. en Oi Móvel heeft ingediend op grond van de zogenaamde Faillissements-pauliana (art. 42 Fw) en een zogenaamde Peeters/Gatzen-actie uit onrechtmatige daad, betreffen rechten die tot de failliete boedel, respectievelijk aan de gezamenlijke schuldeisers behoren. Deze vorderingen worden door de curator ingesteld.

In faillissement geldt in beginsel niet dat het belang van de coöperatie waaraan een onderneming is verbonden vooral wordt bepaald door het bestendige succes van die onderneming. Dat het indirecte gevolg van het slagen van (een van) de door de curator ingestelde vorderingen zou kunnen zijn dat Oi Coop geen akkoord in haar faillissement kan aanbieden en daardoor ophoudt te bestaan, is dan ook geen reden om af te wijken van het stelsel dat de wetgever voor ogen heeft gehad, zoals in rov. 3.4 omschreven. Het is nu eenmaal een gegeven dat de uitoefening van de taak van de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw tot afwikkeling van een failliete boedel tot gevolg kan hebben dat de gefaillieerde rechtspersoon ophoudt te bestaan. Aldus zijn de persoonlijke belangen van de rechtspersoon ondergeschikt aan de vermogensrechtelijke belangen (van de boedel) van de rechtspersoon in geval van faillissement. Aan een afweging van deze belangen wordt in een procedure betreffende rechten behorende tot de failliete boedel dan ook niet meer toegekomen, ook niet in het kader van een incident voorlopige voorziening.

3.6. Anders dan Oi Coop meent, leidt het feit dat de Hoge Raad tijdens de mondelinge behandeling van het cassatierekest tegen de onder 2.4 genoemde beschikking van dit hof Portugal Telecom International Finance B.V. (hierna: PTIF) heeft gehoord niet tot een ander oordeel.

In twee gezamenlijk ter zitting behandelde cassatierekestten stond centraal de omzetting van een surseance in faillissement van Oi Coop ([ECLI:NL:HR:2017:1280](#) («JOR» 2017/305, m.nt. Tekstra onder «JOR» 2017/306; *red.*)) respectievelijk PTIF ([ECLI:NL:HR:2017:1281](#) («JOR» 2017/306, m.nt. Tekstra tevens behorende bij «JOR» 2017/305; *red.*). In de zaak betreffende Oi Coop was de curator van PTIF in hoger beroep opgeroepen. Over de vraag of daarnaast PTIF zélf in de cassatieprocedure betreffende Oi Coop kon worden gehoord, heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

“De curator van PTIF heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen het feit dat PTIF wordt gehoord, hoewel zij in staat van faillissement verkeert. Dit bezwaar is verworpen op de grond dat de Hoge Raad PTIF als belanghebbende heeft aangemerkt, ook los van haar vordering op Oi Coop.”

Hieruit volgt dat de Hoge Raad PTIF als belanghebbende uit anderen hoofde dan enkel als schuldeiser heeft aangemerkt. In dit verband is van belang dat PTIF, net als Oi Coop, onderdeel van de Oi Groep is en dat een groot deel van de financiering van de Oi Groep via deze twee Nederlandse financieringsmaatschappijen loopt. Voorts heeft Oi Coop in de cassatieprocedure gesteld dat in het belang van het welslagen van de herstructureringsprocedure in Brazilië en daarmee in het belang van de boedel als geheel, de aan haar en PTIF verleende surseance ondergeschikt dient te zijn aan de Braziliaanse procedure (rov. 3.7.2 van ECLI:NL:HR:2017:1280 («JOR» [2017/305](#), m.nt. Tekstra onder «JOR» [2017/306](#); *red.*)) en daarom gehandhaafd moeten worden. Die specifieke context moet worden onderscheiden van het onderhavige geval, waarin de curator van Oi Coop bevoegdheden uitoefent die exclusief aan hem zijn opgedragen en waarin aan Oi Coop als belanghebbende de weg van art. 69 Fw openstaat. Tegen deze achtergrond kan aan het feit dat PTIF tijdens de mondelinge behandeling van het cassatieberoep inzake het verzoek tot omzetting van de surseance van Oi Coop in haar faillissement, dat tezamen met het soortgelijke cassatieberoep in de zaak 17/02165 betreffende PTIF is behandeld, is gehoord door de Hoge Raad geen argument in de onderhavige zaak worden ontleend.

3.7. Nu Oi Coop verder geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd, die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, is de slotsom dat de grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Oi Coop zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Oi Coop in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze veroordelingen ten aanzien van Oi S.A. en de curator uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Oi Brasil Holdings Coöperatief UA (“Oi Coop”) maakt deel uit van een groep vennootschappen (“de Oi-groep”) met aan het hoofd de Braziliaanse vennootschap Oi SA (“Oi SA”). Ten aanzien van de Oi-groep is een Braziliaanse herstructureringsprocedure van kracht, genaamd *recuperação judicial* (“de RJ-procedure”), welke erop is gericht de Oi-groep *going concern* te herstructureren. Oi Coop fungeerde samen met een eveneens in Nederland gevestigde vennootschap als financieringsvehikel voor de Oi-Groep.

2. Aan Oi Coop was op 9 augustus 2016 door de Rechtbank Amsterdam voorlopige surseance van betaling verleend. Via de surseance zou een akkoord worden aangeboden waarmee – kort gezegd – het akkoord dat door de Oi-groep werd aangeboden middels de RJ-procedure, zich ook zou uitstrekken tot schuldeisers van Oi Coop. Schuldeisers van Oi Coop alsmede de aangestelde bewindvoerder hebben echter met succes verzocht om intrekking van de voorlopige surseance en faillietverklaring. Zie voor de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad «JOR» [2017/305](#) m.nt. Tekstra.

3. De curator van Oi Coop heeft na de faillietverklaring op faillissementspauliana en onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen ingesteld tegen twee leden van de Oi-Groep, Oi SA en Oi Móvel SA (“Oi Movel”). Via een incident voorlopige voorziening vordert de curator een voorschot op de schadevergoeding van bijna € 1.7 miljard. Kennelijk was het doel hiervan het verbeteren van de positie van de crediteuren van Oi Coop in de RJ-procedure.

4. Oi Coop heeft vervolgens een incidentele vordering ingesteld om te mogen tussenkomen, althans zich te voegen in de door de curator gestarte procedure. Oi SA en Oi Movel hebben tot toewijzing geconcludeerd en

de curator heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank. De rechtbank wees de vordering tot tussenkomst, althans voeging echter af en Oi Coop stelde hoger beroep in bij het Hof Amsterdam, hetgeen heeft geleid tot de hier besproken uitspraak.

5. Oi Coop voerde bij de rechtbank en het hof aan dat haar belang bij tussenkomst c.q. voeging erin was gelegen dat bij toewijzing van de vorderingen van de curator, het akkoord in de RJ-procedure, althans het akkoord in het faillissement dat Oi Coop in lijn hiermee wilde aanbieden, niet tot stand zou komen en Oi Coop noodgedwongen geliquideerd zou worden en zou ophouden te bestaan.

6. De ambtshalve afwijzing van de rechtbank zal de procespartijen verbaasd hebben. Toewijzing van een vordering tot voeging dan wel tussenkomst waartegen geen verweer wordt gevoerd, is in de regel een “no-brainer”. Het enige vereiste voor voeging is dat de te voegen partij feitelijke of juridisch nadelige gevolgen kan ondervinden van een ongunstige uitkomst van de procedure voor de partij aan wier zijde zij zich voegt (HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/206 en HR 12 juni 2015, *NJ* 2015/295). Daaraan is al snel voldaan. Alleen voor tussenkomst is de drempel iets hoger; vereist is dat de tussenkomende partij voldoende belang heeft zich met een eigen vordering te mengen in het geding in verband met de nadelige gevolgen die hij van de uitspraak kan ondervinden (HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/206). Op welke wijze het belang een eigen vordering in te stellen zich volgens Oi Coop voordeed, wordt overigens niet duidelijk uit de uitspraak.

7. Het hof komt aan de inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot tussenkomst of voeging ook niet toe. Het hof beantwoordt de vraag of een gefailleerde rechtspersoon zich mag voegen in een door de curator geëntameerde procedure namelijk per definitie negatief. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de vorderingen uit hoofde van pauliana en onrechtmatige daad van de curator rechtsvorderingen ex art. 25 Fw betreffen, welke rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben. Gelet op art. 25 Fw is uitsluitend de curator bevoegd dergelijke vorderingen in te stellen en het past het niet in het systeem van de wet om de gefailleerde in een procedure een eigen positie als tussenkomende of gevoegde partij te verschaffen. Oi Coop kan zich (uitsluitend) via art. 69 Fw mengen en trachten de handelingen van de curator te beïnvloeden, aldus rechtbank en hof.

8. De mogelijkheid om de juistheid van de redenering van het hof in twijfel te trekken wordt in diens uitspraak verregaand beperkt door verwijzing naar de wetsgeschiedenis ten aanzien van de art. 25-30 Fw. Het hof citeert de Memorie van Toelichting, maar laat het meest overtuigende (eerste) deel van de betreffende passage weg, die ik daarom hier alsnog integraal zal citeren (S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz I, 1994, p. 366): *“De Fransche en Belgische wetten (respectievelijk artikel 443 § 4 en 452) verleenen den rechter de bevoegdheid in gedingen over vermogensrechten den gefailleerde als intervenient toe te laten. Ernstig is overwogen of dergelijk voorschrift navolging verdiende. Het antwoord moet echter beslist ontkennend luiden. Wantrouwen jegens den curator was voor de Belgische en Fransche wetgevers het voornaamste motief voor ’t toekennen van een interventierecht aan den schuldenaar. Dit wantrouwen is niet gerechtvaardigd. Voor zooveel de realisatie van den boedel betreft zijn de belangen van de schuldeischers en van den gefailleerde identiek. Waar de curator die belangen in een proces niet goed mocht behartigen, is de rechter-commissaris, die over het geheele beheer heeft te waken, de aangewezen persoon om den curator tot zijn plicht te brengen. Als correctief den schuldenaar als medeëischer of medegedaagde toe te laten is geheel onnoodig, te meer daar artikel 69 van het Ontwerp den gefailleerde gelegenheid geeft zoo noodig voor de belangen van den boedel op te komen. Behoudens de bepaling van dit artikel en van het toezicht van den rechter-commissaris behoort aan den curator de beslissing te verblijven over hetgeen er voor den boedel moet worden gedaan, of een proces al dan niet ingesteld of voortgezet zal worden, en welke defensies er gevoerd zullen worden.”*

9. Er zijn twee kanttekeningen te plaatsen bij de verwijzing door het hof naar deze wetsgeschiedenis. Ten eerste wordt in de Memorie van Toelichting gesproken over het weglaten van een mogelijkheid waarmee de gefailleerde via (faillissements)wetgeving een positie *“als medeëischer of medegedaagde”* zou kunnen verkrijgen. Gesteld kan worden dat daarmee niet gezegd is dat voeging niet mogelijk is. Een gevoegde partij is niet te beschouwen als een medeëiser of -gedaagde. Verder geldt dat de wetgever destijds, in 1893, niet geacht moet worden rekening te hebben gehouden met de bijzonderheden van het faillissement van een rechtspersoon. Uitgangspunt was het faillissement van een natuurlijk persoon. De gevoegde partij Oi Coop heeft in dat kader aangevoerd dat zij als rechtspersoon naast het boedelbelang een eigen belang had dat crop neerkomt dat zij als gevolg van het mislukken van het akkoord, gevolgd door een liquidatie in faillissement,

zal ophouden te bestaan. Dat het hof het bestaan van dit belang niet voldoende acht om af te wijken van de bedoeling van de wetgever lijkt mij begrijpelijk, maar niet alle argumenten daartoe kan ik helemaal volgen. Het hof overweegt namelijk onder andere dat in het kader van een incident voorlopige voorziening niet toegekomen wordt aan een afweging van de persoonlijke belangen van de rechtspersoon. Voor voeging is echter niet vereist dat de belangen van de gevoegde partij worden afgewogen in de procedure waarin de voeging wordt toegestaan. Het gaat er alleen om of een negatieve uitkomst van de procedure voor diegene aan wiens zijde gevoegd wordt, feitelijk dan wel juridisch nadeel oplevert voor de gevoegde partij.

10. Een interessante vraag is verder wat zou moeten gelden als niet de gefailleerde schuldenaar rechtspersoon maar één of meerdere bestuurders van deze rechtspersoon een vordering tot voeging zouden instellen, waarmee *de facto* op dezelfde manier invloed kan worden uitgeoefend als in geval van voeging door de rechtspersoon zelf. Ook kan gedacht worden aan de situatie dat een oud-bestuurder zich wenst te voegen omdat een door hem verrichte handeling onderwerp is van een (pauliana-)procedure. Een (oud-)bestuurder heeft hier naar mijn mening voldoende belang bij. Paulianeus handelen door een bestuurder kan – naast dat het als onrechtmatig jegens crediteuren of de boedel kan worden beschouwd – gelet op de sinds 1 juli 2016 geldende formulering van art. 343 sub 3 Sr leiden tot strafvervolging. Verder kan het ten grondslag worden gelegd aan een civielrechtelijk bestuursverbod. In de geciteerde wetsgeschiedenis is met de positie van een bestuurder geen rekening gehouden zodat een verzoek tot voeging bezwaarlijk enkel met een beroep hierop gepareerd kan worden. Bovendien kan alleen de gefailleerde, en niet een bestuurder, een beroep doen op art. 69 Fw. Alhoewel het hof in de uitspraak duidelijk maakt dat indien “het bestuur” zich wenst te verzetten tegen handelingen van de curator voeging niet mogelijk is (r.o. 3.2), kan naar mijn mening op basis van de onderhavige uitspraak dan ook niet zonder meer worden geconcludeerd dat individuele (oud-)bestuurders zich niet zouden kunnen voegen. Het is ook de vraag wat het hof met deze toevoeging heeft beoogd nu het bestuur geen partij was in de procedure.

11. In de onderhavige uitspraak ging het om een verzoek van de gefailleerde tot voeging in een dagvaardingsprocedure. In HR 6 juni 2014, «[JOR» 2014/280](#) m.nt. JJvH (*SNS Property c.s./X*) zijn richtlijnen te vinden wanneer een gefailleerde in het kader van een (verzoek)procedure gebaseerd op de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt en op die wijze invloed kan uitoefenen in die procedure. In die zaak ging het om een beslissing tot het instellen van een crediteurencommissie. Het hof overweegt in de hier besproken uitspraak nog dat het feit dat Oi Coop eerder als belanghebbende werd aangemerkt bij de procedure tot intrekking van de surseance, en zich dus mocht mengen in deze procedure, geen schaduw vooruit werpt bij de beoordeling van het verzoek tot voeging. Dit omdat in die procedure de curator niet de bevoegdheden uitoefende die exclusief aan hem zijn opgedragen en voor Oi Coop niet de weg van art. 69 Fw openstond. Kortom, het blijft puzzelen wanneer een gefailleerde of haar bestuur(der(s)) zich wel en niet kunnen mengen in een procedure waarin de curator is betrokken.

M.C. van Genugten, advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem