

JOR 2020/50, College van Beroep voor het bedrijfsleven 15-10-2019, ECLI:NL:CBB:2019:497, zaaknr. 18/508 (met annotatie van Genugten, M.C. van)

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 27, AWB artikel 8:22](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:CBB:2019:497](#), [JONDR 2020/188](#), [AB 2020/94](#), [RF 2020/3](#)

[Open dit document in PDF formaat](#)

JOR 2020/50, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15-10-2019, ECLI:NL:CBB:2019:497, zaaknr. 18/508 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Faillissementsprocesrecht, Gevolgen faillietverklaring voor aanhangige bestuursrechtelijke procedure, Curator wenst procedure niet over te nemen, Bestuursorgaan vraagt ontslag van instantie, Belangenafweging, Niet-ontvankelijkheid failliet in hoger beroep, Verwijzing naar onder meer HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5197 en CBb 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:471

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	15-10-2019
Publicatie	JOR 2020/50 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2020
Annotator	Genugten, M.C. van
ECLI	ECLI:NL:CBB:2019:497

Zaaknummer	zaaknr. 18/508
Rechtsgebied	Staats- en bestuursrecht, Ondernemingsrecht
Overige publicaties	ECLI:NL:CBB:2019:497 RF 2020/3 AB 2020/94 met annotatie van R. Stijnen JONDR 2020/188
Rechter(s)	mr. Van den Berk mr. Albers mr. Verbeek
Partijen	X Sàrl, appellante, gemachtigde: mr. P. Kroon, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, gemachtigden: mr. C. de Rond en mr. A.J. Boorsma.
Regelgeving	Fw art. 27 Awb art. 8:22

Samenvatting

Op grond van art. 8:22 Awb is art. 27 van de Fw van overeenkomstige toepassing, tenzij partijen vóór de faillietverklaring zijn uitgenodigd om op een zitting van de bestuursrechter te verschijnen. Partijen zijn na de faillietverklaring van appellante uitgenodigd, zodat art. 27 Fw in dit geval van toepassing is. De curator heeft het College meegedeeld dat hij de procedure niet wenst over te nemen. Naar aanleiding hiervan heeft AFM ontslag van instantie gevraagd. Het College is niet verplicht het verzoek van AFM te honoreren. Bij zijn oordeel weegt het College het belang van AFM af tegen het belang van appellante bij het verkrijgen van een beslissing op het aan het College voorgelegde materiële geschil (HR 7 september 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA5197](#)). Niet-ontvankelijkverklaring blijft achterwege als is gebleken van “(gegronde) redenen de procedure voort te zetten” (CBb 19 juli 2013, [ECLI:NL:CBB:2013:92](#); CBb 17 september 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:363](#); CBb 2 december 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:471](#)). Het belang van AFM is erin gelegen dat zij geen verdere kosten maakt voor de procedure. Voor zover appellante stelt dat zij een belang heeft om een oordeel over de rechtmatigheid van de aanwijzing te verkrijgen omdat zij voornemens is een civiele vordering tot schadevergoeding in te stellen tegen verweerster, is dat een aangelegenheid die de failliete boedel betreft ten aanzien waarvan de beschikkings- en beheersbevoegdheid bij de curatoren berust. Daarnaast maakt het gegeven dat de aanwijzing, wanneer het College het verzoek toewijst, formele rechtskracht krijgt, evenmin dat appellante gegronde reden heeft bij het voortzetten van de procedure. Ook hiervoor geldt dat het hoger beroep van appellante een aangelegenheid betreft die de failliete boedel raakt en dat de curator heeft aangegeven het geding niet te willen overnemen. Voor zover appellante stelt dat ook andere bij haar betrokken partijen een belang zouden hebben bij het verkrijgen van een beslissing op het aan het College voorgelegde materiële geschil, betreft dit niet een belang van appellante. De belangen van andere partijen dan appellante zelf kunnen geen rol spelen

bij de beoordeling van het verzoek van AFM om ontslag van instantie. Deze andere partijen zijn immers geen procespartij. Bij die stand van zaken zijn er geen gegronde redenen de procedure voort te zetten.

Uitspraak

(...; red.)

Overwegingen

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2. Appellante is een in Luxemburg gevestigde beheerder van beleggingsinstellingen. Appellante heeft op 19 oktober 2012 een Fund Service Overeenkomst (FSO) gesloten met [naam 6] B.V. ([naam 6]). [naam 6] beheerde beleggingsinstellingen en had ten tijde van het aangaan van de FSO een vergunning op grond van artikel 2:65 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). In de FSO is vastgelegd dat de [naam 7] – waarvan appellante deel uitmaakt – aan het publiek in Nederland de mogelijkheid wenst te bieden vermogen op te bouwen in een beleggingsinstelling. [naam 6] is bereid voor de [naam 7] een beleggingsinstelling, het [naam 8], op te richten. [naam 6] heeft AFM op 9 november 2012 gemeld dat zij het [naam 8] gaat beheren. AFM heeft dit fonds op 18 december 2012 geregistreerd.

1.3. Bij besluit van 2 december 2016 heeft AFM de vergunning van [naam 6] ingetrokken (het intrekingsbesluit).

1.4. Bij besluit van 9 december 2016 (het primaire besluit) heeft AFM aan appellante wegens overtreding van artikel 2:65 van de Wft een aanwijzing gegeven op grond van artikel 1:75 van deze wet. Deze aanwijzing houdt in, kort samengevat, dat appellante het beheren van Nederlandse beleggingsinstellingen, en meer specifiek het beheren van het [naam 8], staakt en gestaakt houdt totdat aan de toepasselijke regelgeving wordt voldaan. AFM heeft aan de aanwijzing ten grondslag gelegd dat appellante feitelijk de beheerder van het [naam 8] is en niet [naam 6]. Omdat appellante niet over een vergunning op grond van artikel 2:67 van de Wft beschikt, overtreedt zij artikel 2:65 van de Wft.

1.5. Bij besluit van 19 december 2016 heeft AFM op grond van artikel 1:76, eerste lid, van de Wft een curator benoemd ten aanzien van het dagelijks bestuur van [naam 6] (het curatelebesluit). In de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank van 27 december 2016, gegeven op een verzoek om voorlopige voorziening van [naam 6] hangende bezwaar tegen dit besluit, is vastgelegd dat het intrekingsbesluit ziet op het beheer van het [naam 8] en dat [naam 6] in dit intrekingsbesluit berust. De activiteiten met betrekking tot het [naam 8] zijn gericht op afwikkeling. Tevens is vastgelegd dat [naam 6] berust in het inwerkingtreden van een aanwijzing van AFM op grond van artikel 1:77a van de Wft (de fondsmaatregel). Bij besluit van 29 december 2016 heeft AFM door middel van zo'n aanwijzing (fondsmaatregel) [naam 6] verplicht om de inschrijving, inkoop en terugbetaling van rechten van deelneming in het [naam 8] op te schorten.

1.6. Bij brief van 19 januari 2017 heeft [naam 6] de FSO per direct opgezegd. Appellante heeft zich tegen de opzegging verzet. Eind augustus 2017 hebben [naam 6] en appellante over de beëindiging van de FSO een vaststellingsovereenkomst gesloten.

1.7. Bij besluit van 15 juni 2018 (het bestreden besluit) heeft AFM het tegen het primaire besluit gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

1.8. Bij uitspraak van 5 maart 2018 heeft de rechtbank het beroep van appellante niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank heeft geoordeeld dat appellante geen belang meer heeft bij een oordeel van de rechtbank over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. De rechtbank heeft daartoe, kort samengevat, overwogen dat het intrekingsbesluit voor zover dit ziet op het beheer van het [naam 8], het curatelebesluit en de fondsmaatregel onherroepelijk zijn geworden en dat als gevolg daarvan vast staat dat het [naam 8]

afgewikkeld wordt en dat een curator daarop toeziet. Ook als de uitkomst van de procedure zou zijn dat de aanwijzing niet in stand blijft, kan appellante niet bereiken dat zij haar vroegere activiteiten met betrekking tot het [naam 8] kan hervatten.

2.1. Appellante heeft gesteld dat zij een gegronde reden heeft om het hoger beroep (zelf) voort te zetten. Appellante heeft betoogd dat indien in rechte vast komt te staan dat de aanwijzing ten onrechte is gegeven, dat voor appellante aanleiding is om schadevergoeding te eisen van AFM. Voorts heeft appellante aangevoerd dat indien de aanwijzing formele rechtskracht krijgt, dit onomkeerbare gevolgen heeft voor de mogelijkheden van appellante en de bij haar betrokken partijen om bij de burgerlijke rechter tegen de handelwijze van AFM op te komen. Appellante meent dat zij vanwege de voorziene vordering tot schadevergoeding na een materiële beoordeling door het College een aanmerkelijk groter financieel belang heeft bij voortzetting van de procedure dan AFM heeft bij beëindiging daarvan.

2.2. AFM heeft het betoog van appellante gemotiveerd betwist en haar belang bij beëindiging van de procedure benadrukt.

3.1. Op grond van artikel 8:22 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is artikel 27 van de Faillissementswet (Fw) van overeenkomstige toepassing, tenzij partijen vóór de faillietverklaring zijn uitgenodigd om op een zitting van de bestuursrechter te verschijnen.

3.2. Het faillissement van appellante is uitgesproken op 14 september 2018. Partijen zijn op 9 januari 2019 uitgenodigd om te verschijnen op een zitting van het College. Daarmee zijn partijen na de faillietverklaring van appellante uitgenodigd, zodat artikel 27 van de Fw in dit geval van toepassing is.

3.3. Op grond van artikel 27, eerste lid, van de Fw wordt, indien de rechtsvordering tijdens de faillietverklaring aanhangig en door de schuldenaar ingesteld is, het geding ten verzoeken van de gedaagde geschorst, ten einde deze gelegenheid te geven, binnen een door de rechter te bepalen termijn, de curator tot overneming van het geding op te roepen.

3.4. Op grond van artikel 27, tweede lid, van de Fw heeft, zo de curator aan die oproeping geen gevolg geeft, de gedaagde het recht ontslag van de instantie te vragen; bij gebreke daarvan kan het geding tussen de gefailleerde en de gedaagde worden voortgezet, buiten bezwaar van de boedel.

3.5. AFM heeft het College op 12 oktober 2018 ingelicht over het faillissement van appellante. De griffier heeft de curator verzocht mee te delen of hij de onderhavige procedure wenst over te nemen. Bij emailbericht van 19 februari 2019 heeft de curator het College meegedeeld dat hij de procedure niet wenst over te nemen. Het College heeft vervolgens AFM in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van het recht ontslag van instantie te vragen op grond van artikel 27, tweede lid, van de Fw. Naar aanleiding hiervan heeft AFM ontslag van instantie gevraagd.

3.6. Het College is niet verplicht het verzoek van AFM te honoreren. Bij zijn oordeel weegt het College het belang van AFM af tegen het belang van appellante bij het verkrijgen van een beslissing op het aan het College voorgelegde materiële geschil ([ECLI:NL:HR:2007:BA5197](#)). Niet-ontvankelijkverklaring blijft achterwege als is gebleken van "(gegronde) redenen de procedure voort te zetten" ([ECLI:NL:CBB:2013:92](#); [ECLI:NL:CBB:2014:363](#); [ECLI:NL:CBB:2014:471](#)).

3.7. Het belang van AFM is erin gelegen dat zij geen verdere kosten maakt voor de procedure.

3.8. Ten aanzien van het belang van appellante overweegt het College het volgende. Voor zover appellante stelt dat zij een belang heeft om een oordeel over de rechtmatigheid van de aanwijzing te verkrijgen omdat zij voornemens is een civiele vordering tot schadevergoeding in te stellen tegen verweerster, is dat een aangelegenheid die de failliete boedel betreft ten aanzien waarvan de beschikkings- en beheersbevoegdheid bij de curatoren berust. Daarnaast maakt het gegeven dat de aanwijzing, wanneer het College het verzoek toewijst, formele rechtskracht krijgt, evenmin dat appellante gegronde reden heeft bij het voortzetten van de procedure. Ook hiervoor geldt dat het hoger beroep van appellante een aangelegenheid betreft die de failliete boedel raakt en dat de curator heeft aangegeven het geding niet te willen overnemen. Voor zover appellante stelt dat ook andere bij haar betrokken partijen, zoals de aandeelhouders, [naam 9] B.V. en [naam 10] B.V., een belang zouden hebben bij het verkrijgen van een beslissing op het aan het College voorgelegde materiële geschil, betreft dit niet een belang van appellante. De belangen van andere partijen dan appellante zelf kunnen geen rol spelen bij de beoordeling van het verzoek van AFM om ontslag van instantie. Deze andere partijen zijn immers geen procespartij.

3.5. Bij die stand van zaken ziet het College geen gegronde redenen de procedure voort te zetten en zal hij het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaren.

4. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk.

Noot

1. Deze uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven gaat over de toepassing van art. 27 Fw in verbinding met art. 8:22 Awb. De hoofdpersoon is een vennootschap die onderdeel is van een groep vennootschappen die (beleggings)fondsen beheert. De AFM legt maatregelen op aan de vennootschap. Volgens de AFM voert de vennootschap zonder de benodigde vergunning het feitelijke beheer van een fonds. Tegen de opgelegde maatregelen, die bestaan uit een aanwijzing het beheer te staken, wordt bezwaar gemaakt en later (hoger) beroep ingesteld. In de tussentijd wordt als gevolg van andere maatregelen van de AFM tegen groepsvennootschappen het fonds afgewikkeld. Omdat bezwaar en beroep tegen de opgelegde maatregelen worden afgewezen, gaat de vennootschap uiteindelijk in hoger beroep bij het CBb. Gedurende deze procedure wordt zij failliet verklaard. Nadat de curator heeft bevestigd de procedure niet over te zullen nemen, verzoekt de AFM om gelet op art. 27 Fw tot niet-ontvankelijkverklaring over te gaan. De vennootschap verzet zich hiertegen. Zij wijst erop dat zij, ondanks dat het fonds is afgewikkeld, belang heeft bij een uitspraak. Dit in verband met mogelijke aansprakelijkheid van de AFM, indien het genomen besluit onrechtmatig blijkt te zijn. Alvorens de uitspraak van het CBb te bespreken, die negatief is voor de vennootschap, zal ik ingaan op de toepassing van art. 27 Fw in civiele en bestuursrechtelijke procedures.

2. Indien een procespartij een rechtsvordering heeft ingesteld en vervolgens failliet wordt verklaard, bepaalt art. 27 Fw wat de gevolgen zijn voor de procedure. Het artikel geeft (evenals de samenhangende art. 25-30 Fw) regelmatig aanleiding tot vragen over de juiste toepassing. Uit de wetsgeschiedenis kan beperkt worden geput. Het artikel is geschreven in 1893 en de wijze van procederen is sterk veranderd. Voor de Hoge Raad is een belangrijke taak weggelegd om te zorgen voor uniformiteit bij de uitleg en toepassing van dit artikel. Voor wat betreft de toepassing in het bestuursrecht geldt dat er drie hoogste colleges zijn, naast het CBb zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van beroep. Het CBb heeft bevestigd dat zij bij de uitleg en toepassing van art. 27 Fw aansluit bij de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad (CBb 13 november 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB8366). De Raad van State volgt die benadering ook (ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1764).

3. Art. 27 Fw bepaalt dat indien door de gefailleerde voorafgaand aan de faillietverklaring een vordering is ingesteld, de tegenpartij het recht heeft om schorsing van de procedure te vragen teneinde de curator op te roepen. De gedachte hierbij is dat door het verlies van beschikkingsbevoegdheid de verdere proceshandelingen van de gefailleerde niet geldig zijn jegens de failliete boedel en door de curator later herroepen zouden kunnen worden. Indien de curator verklaart het geding over te nemen, kan de gefailleerde geen proceshandelingen meer verrichten en wordt deze buiten het geding gesteld. Een eventuele proceskostenveroordeling vormt dan een boedelschuld. Indien de curator het geding na oproeping niet overneemt, eindigt in de systematiek van art. 27 Fw de procedure niet, maar heeft de gefailleerde het recht zelf verder te procederen. De rechtshandelingen van de gefailleerde en de uitspraak die dan volgt, zijn bindend voor de boedel. Dit met uitzondering van een proceskostenveroordeling, die niet verhaalbaar is op de boedel. Omdat het weinig aantrekkelijk is voor een partij om zich te verweren in een procedure tegen een partij waarbij een eventuele proceskostenveroordeling niet verhaalbaar is, biedt art. 27 lid 2 Fw de mogelijkheid ontslag van instantie te vorderen als de curator de procedure niet overneemt. De gefailleerde

dient vervolgens in de gelegenheid te worden gesteld te reageren op het verzoek tot ontslag van instantie, alvorens daarop wordt beslist.

4. Conform vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5543 en HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5197) spelen de volgende elementen een rol bij het beoordelen van het verzoek tot ontslag van instantie. De rechter is allereerst nooit verplicht de vordering tot ontslag van instantie toe te wijzen. Voor afwijzing is in ieder geval grond indien toewijzing in strijd komt met de goede procesorde. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien vordering in conventie en reconventie zodanig verweven zijn dat de band tussen beide vorderingen niet zonder noodzaak dient te worden verbroken (HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4929). Bij de verdere beoordeling dient volgens de Hoge Raad het belang van de gedaagde, dat erin bestaat dat bij voortzetting de proceskosten niet verhaald kunnen worden op de gefailleerde eiser, te worden afgewogen tegen het verkrijgen van een beslissing op het materiële geschil. De Hoge Raad impliceert hiermee dat indien door de gefailleerde (via een derde) zekerheid wordt gesteld voor een eventuele proceskostenveroordeling, er geen te respecteren belang meer bestaat bij het verzoek tot verlenen van ontslag van instantie. De gedaagde partij verkeert met die zekerheidsstelling op zak niet in een slechtere positie dan vóór het faillissement en er zijn geen redenen ontslag van instantie te verlenen.

5. Dan het bestuursrecht. Het feit dat tijdens het faillissement een procedure aanhangig is waarop art. 27 Fw van toepassing is, betekent dat de gefailleerde (hoger) beroep heeft ingesteld in het kader van een voor hem ongunstige beschikking of besluit van een bestuursorgaan. Het bestuursorgaan kan tijdens de procedure vragen om schorsing ex art. 27 Fw om de curator op te roepen. Neemt de curator het geding niet over, dan kan het bestuursorgaan verzoeken om ontslag van instantie (wat in het bestuursrecht neerkomt op een verzoek tot niet-ontvankelijkverklaring aangezien het uitspreken van ontslag van instantie niet mogelijk is (ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8788). De rechter dient te beslissen op het verzoek op basis van een belangenafweging. Zoals hierboven geschetst, is in het civiele recht het voorkomen van een onverhaalbare proceskostenveroordeling het hierbij af te wegen belang van de tegenpartij van de gefailleerde. In het bestuursrecht wordt een proceskostenveroordeling ten gunste van een bestuursorgaan echter (in beginsel) niet uitgesproken. Conform de jurisprudentie van de Hoge Raad in civiele zaken zou er daarom geen mogelijkheid bestaan om tot toewijzing van een verzoek tot niet-ontvankelijkverklaring in een bestuursrechtelijke procedure over te gaan.

6. Het CBb blijkt echter in de hier besproken uitspraak – onder verwijzing naar eerdere uitspraken – een andere maatstaf te hanteren die ertoe leidt dat toch kan worden overgegaan tot toewijzing. Die maatstaf luidt blijkens r.o. 3.6 als volgt. “Het College is niet verplicht het verzoek [tot niet-ontvankelijkverklaring] te honoreren. Bij zijn oordeel weegt het College het belang van AFM af tegen het belang van appellante bij het verkrijgen van een beslissing op het aan het College voorgelegde materiële geschil (ECLI:NL:HR:2007:BA5197). Niet-ontvankelijkverklaring blijft achterwege als gebleken is van ‘(gegronde) redenen’ de procedure voort te zetten (ECLI:NL:CBB:2013:91, ECLI:NL:CBB:2014:363 en ECLI:NL:CBB:2014:471).”

7. Daar waar in een civiele procedure de gefailleerde dus zekerheid dient te stellen voor de proceskosten, waarna de belangenafweging normaliter in zijn voordeel uitvalt, dient hij in een bestuursrechtelijke procedure aan te tonen dat er “gegronde redenen zijn de procedure voort te zetten.” De bestuursrechter weegt hetgeen de gefailleerde in dat kader aanvoert vervolgens af tegen de belangen van het bestuursorgaan.

8. De vennootschap voert aan dat haar belang bij het verkrijgen van een uitspraak over de rechtmatigheid van de aanwijzing van de AFM eruit bestaat dat zij (ervan uitgaande dat haar beroep slaagt) voornemens is aanspraak te maken op een civiele vordering tot schadevergoeding jegens de AFM. Hiertegenover staat het belang van de AFM dat volgens het CBb bestaat uit het niet hoeven maken van verdere kosten voor de procedure.

9. Het CBb overweegt dat het instellen van schadevergoeding een aangelegenheid is van de aangestelde curatoren. Verder is ook het onderhavige beroep volgens het CBb een aangelegenheid die de boedel betreft en hebben de curatoren bevestigd de procedure niet te zullen overnemen. Tot slot merkt het CBb op dat voor zover de belangen van andere groepsmaatschappijen nog een rol zouden spelen, deze geen procespartij zijn en daar dus geen rekening mee kan worden gehouden. Het CBb concludeert op basis hiervan dat er geen

gegronde redenen zijn om de procedure voort te zetten en wijst het verzoek tot ontslag van instantie toe, in die zin dat niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken.

10. Ik ben kritisch over de motivering van het CBb. Allereerst meen ik dat het voorkomen van kosten door de AFM niet een belang is dat aan de gefailleerde kan worden tegengeworpen, en dus geen rol moet spelen in de belangenafweging. Gelet op het beroep staat immers niet vast of het besluit dat de AFM verdedigt in de procedure, wel rechtmatig is. Daarnaast geldt dat zelfs als de AFM gelijk krijgt, en zij zich dus terecht zou hebben verweerd, daarbij geen proceskostenveroordeling wordt uitgesproken. Wordt het kostenbelang van AFM meegewogen, dan wordt dus impliciet vooruitgelopen op de inhoudelijke beoordeling en komt in algemeenheid een bestuursorgaan ten aanzien van haar kosten in een betere positie dan voorafgaand aan het faillissement. Zij zou bijvoorbeeld tegenover een gefailleerde partij de eis kunnen stellen dat deze haar kosten compenseert, bij gebreke waarvan zij de rechter zal verzoeken niet-ontvankelijkheid uit te spreken.

11. Verder overtuigt ook de weerlegging door het CBb van de aangevoerde belangen van de gefailleerde vennootschap mij niet. Het komt volgens het CBb erop neer dat de belangen van de vennootschap weinig waarde hebben, omdat de curatoren de beschikking en het beheer over haar vermogen voeren en niet in de procedure zijn verschenen. Het uitgangspunt van art. 27 Fw is echter juist dat de gefailleerde bij gebreke van bemoeienis van de curator de gelegenheid krijgt om zelf een uitspraak te verkrijgen. Op die uitspraak kunnen zowel de gefailleerde als de boedel zich vervolgens beroepen. Of de curator dus zelf in het geding verschijnt, of dat hij het voortzetten daarvan aan de gefailleerde overlaat, maakt dus uiteindelijk niet zo veel uit. Het niet verschijnen van de curator dient in ieder geval niet ten laste van de gefailleerde te worden uitgelegd. De omstandigheid dat de gefailleerde een eventuele (schade)vordering op de AFM uiteindelijk niet zelf kan incasseren speelt naar mijn mening, anders dan het CBb overweegt, ook geen rol. De vordering tot schadevergoeding valt in het vermogen van de gefailleerde vennootschap. Daarmee bestaat voldoende belang voor het voortzetten van het beroep door de vennootschap. De incasso van de vordering (door de curator) zou pas aan de orde kunnen komen als het beroep is toegewezen. Uit het feit dat de curator niet in de beroepsprocedure verschijnt, kan niet kan worden opgemaakt dat hij geen belangstelling heeft om na een gunstige uitspraak de vordering te incasseren.

12. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de gefailleerde en gelet op de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad zou ik al met al willen pleiten voor een andere maatstaf dan die het CBb hanteert. Het bestuursorgaan zou dienen te onderbouwen welk belang zij heeft – anders dan het simpelweg besparen van kosten – dat de gefailleerde niet-ontvankelijk wordt verklaard. Dat belang moet worden afgewogen tegen het belang van de gefailleerde bij het uitoefenen van het volgens mij vrij fundamentele recht om een uitspraak te krijgen op een door hem aan een onafhankelijke rechter voorgelegde zaak.

mr. M.C. van Genugten, advocaat te Haarlem