

Aflevering 2015 afl. 6

Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie

College Rechtbank 's-Gravenhage

Datum 11 maart 2015

Rolnummer F.10/15/123

Rechter(s) mr. Don
mr. Cats
mr. Smelt

Partijen Mr. J.J.C. MacLennan-Bijen te Hellevoetsluis,
opposante,
tegen
Vooral Vaardig BV te Nieuwerkerk aan de IJssel,
geopposeerde.

Noot *mr. H.J. School*

Trefwoorden Verzet curator tegen faillietverklaring vennootschap op eigen aangifte, Ontvankelijkheid curator, Geen baten aanwezig of te verwachten, Doen van eigen aangifte is misbruik van bevoegdheid vennootschap gezien mogelijkheid van turbo-liquidatie

Regelgeving Fw - 1
Fw - 10
Fw - 68
BW Boek 2 - 19
BW Boek 3 - 13 lid 2

**JOR 2015/182 Rechtbank 's-Gravenhage, 11-03-2015, F.10/15/123,
ECLI:NL:RBDHA:2015:2569**

Verzet curator tegen faillietverklaring vennootschap op eigen aangifte, Ontvankelijkheid curator, Geen baten aanwezig of te verwachten, Doen van eigen aangifte is misbruik van bevoegdheid vennootschap gezien mogelijkheid van turbo-liquidatie

»Samenvatting

In de eerste plaats dient de ontvankelijkheid van de curator in haar verzet te worden beoordeeld. De vraag die zich daarbij opdringt is of het instellen van verzet tegen een faillietverklaring niet op gespannen voet staat met het onzijdige karakter van de curator in een faillissement. Ook bij de behandeling doet zich die spanning voelen; de daar aanwezige curator heeft als opposant de vernietiging van het faillissement als doel voor ogen, terwijl (in dit geval) zij tegelijkertijd als curator neutraal over de stand van de boedel zal hebben te rapporteren. Daarbij moet worden geconstateerd dat het verzet doen tegen evident lege faillissementen niet tot de in art. 68 Fw omschreven taak van de curator behoort, terwijl voor de curator evenmin beroep tegen haar aanstelling is opengesteld. Evenwel is in brede rechtspraak erkend het belang van de curator “om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten”. Dat belang maakt de curator belanghebbende als bedoeld in art. 10 Fw. Zij is dat in haar hoedanigheid van curator (“q.q.”). Het (al dan niet onverhaalbare) salaris is immers onlosmakelijk verbonden met haar aanstelling. Dat een vastgesteld salaris

niet terechtkomt op de boedelrekening maakt dat niet anders; dat is immers eigen aan het karakter van het salaris.

Ten aanzien van de vraag of zijdens failliet sprake is van misbruik van recht bij het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring wordt als volgt overwogen. De bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte kan worden misbruikt. Zoals volgt uit art. 3:13 lid 2 BW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. In de onderhavige eigen aangifte is te kennen gegeven dat de vennootschap, op een banksaldo van € 340,62 na, geen bezittingen heeft. Gesteld noch gebleken is dat hier verandering in zal (kunnen) komen, temeer nu het hier gaat om een vennootschap met een onderneming waarin sinds 2012 geen activiteiten meer zijn ontplooid. De curator heeft onweersproken verklaard dat uit haar onderzoek geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen voor de gevolgtrekking dat sprake is van paulianeus handelen of van bestuurdersaansprakelijkheid. Evenmin is gebleken van een aanspraak op belastingteruggaven, zodat ook hieruit geen baten zullen voortvloeien. Bij deze stand van zaken dient er dus van te worden uitgegaan dat bij het uitspreken van het faillissement de situatie bestond dat de curator de nodige werkzaamheden zou moeten verrichten zonder dat daarvoor een vergoeding zou worden ontvangen. Voor de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders van de vennootschap stond tegelijkertijd nog een mogelijkheid open om de vennootschap te liquideren. Zij kunnen de ontbinding van de vennootschap bewerkstelligen (art. 2:19 lid 1, aanhef en onder a BW). Uit het bepaalde van art. 2:19 leden 4 en 5 BW volgt dat, indien er ten tijde van de ontbinding geen baten zijn (te verwachten), geen vereffening volgt en de vennootschap terstond ophoudt te bestaan (“turbo-liquidatie”). Het vorenstaande maakt dat van de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders mag worden verwacht dat zij aannemelijk maken dat – ondanks voornoemde mogelijkheid tot turbo-liquidatie – het belang bij het doen van de eigen aangifte dient te prevaleren boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. De aandeelhouders/(middellijk) bestuurders hebben dit echter niet aannemelijk gemaakt. De enkele mededeling dat volgens de bestuurders een turbo-liquidatie een “onfatsoenlijke methode” is, is hiervoor onvoldoende en miskent bovendien dat de turbo-liquidatie een door de wetgever gecreëerde mogelijkheid is om een vennootschap te ontbinden en te laten ophouden te bestaan indien er geen te vereffenen activa (meer) aanwezig zijn. Niet gebleken is dat de bestuurders een poging hebben gedaan de vennootschap zelf te liquideren. Anders dan door de bestuurders in het faillissementsverzoek is voorgespiegeld, is inmiddels gebleken dat de schuldenlast geen € 5.957,99, maar € 2.194,99 bedraagt. Er zijn twee schuldeisers, de belastingdienst (€ 695) en de boekhouder Comparco (€ 1.499,99). Deze boekhouder heeft recentelijk nog werkzaamheden voor de vennootschap verricht, diens vordering dateert uit oktober 2013 en niet is gebleken dat door de boekhouder op betaling van het bedrag van € 1.499,99 is aangedrongen. Dit maakt dat de bestuurders de schuldeisers openheid van zaken hadden kunnen geven en de gestelde bate van € 340,62 (15,5% van de schuldenlast) aan de schuldeisers hadden kunnen uitkeren, in plaats van voor lief te nemen dat deze in een faillissementssituatie “als een druppel op een gloeiende plaat verdampt”. Gelet op voormelde omstandigheden had failliet naar redelijkheid niet kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turbo-liquidatie en maakt zij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid. Het verzoek van de curator zal derhalve worden toegewezen, zodat het vonnis waarbij failliet in staat van faillissement is verklaard, zal worden vernietigd.

[beslissing/besluit](#)

»Uitspraak

1. De procedure

1.1. Het verzet is op 16 februari 2015 ingesteld.

1.2. De curator heeft in haar verzetschrift – kort samengevat – aangevoerd dat geopposeerde, haar bestuurders en aandeelhouders misbruik van bevoegdheid hebben gemaakt door het eigen faillissement van geopposeerde aan te vragen, nu slechts een verwaarloosbare bate van € 340,62 bekend is en geen zicht is op toekomstige baten, zodat de faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator, niet verhaalbaar zijn. Gelet op het aanwezige alternatief van ontbinding gevolgd door turboliquidatie is de curator hierdoor onevenredig benadeeld.

1.3. Geopposeerde heeft zich in de eerste plaats op het standpunt gesteld dat de curator geen belanghebbende is. Voorts is naar voren gebracht dat de curator het verzet in haar hoedanigheid van curator heeft ingesteld, terwijl zij kennelijk een eigen belang beoogt te behartigen, zodat zij pro se in verzet had moeten komen. Tevens is aangevoerd dat het verzet ongegrond is, omdat aan de vereisten van artikel 1 van de Faillissementswet (Fw) is voldaan en er in de vorm van een batig banksaldo van € 287,31 een bate aanwezig is. Er is bewust en op goede gronden gekozen voor het doen van de faillissementsaangifte omdat turboliquidatie in de ogen van de bestuurders van geopposeerde een onfatsoenlijke methode is. Geopposeerde verzet zich bovendien tegen de zich tegen haar en haar bestuurders richtende kostenveroordeling en verzoekt om een kostenveroordeling ten laste van de curator.

(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. In de eerste plaats dient de ontvankelijkheid van de curator in haar verzet te worden beoordeeld. De vraag die zich daarbij opdringt is of het instellen van verzet tegen een faillietverklaring niet op gespannen voet staat met het onzijdige karakter van de curator in een faillissement. Ook bij de behandeling doet zich die spanning voelen; de daar aanwezige curator heeft als opposant de vernietiging van het faillissement als doel voor ogen, terwijl (in dit geval:) zij tegelijkertijd als curator neutraal over de stand van de boedel zal hebben te rapporteren. Daarbij moet worden geconstateerd dat het verzet doen tegen evident lege faillissementen niet tot de in artikel 68 Fw omschreven taak van de curator behoort, terwijl voor de curator evenmin beroep tegen haar aanstelling is opengesteld.

3.2. Evenwel is in brede rechtspraak erkend het belang van de curator “om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten”. Dat belang maakt de curator belanghebbende als bedoeld in artikel 10 Fw. Zij is dat in haar hoedanigheid van curator (“qq”). Het (al dan niet onverhaalbare) salaris is immers onlosmakelijk verbonden met haar aanstelling. Dat een vastgesteld salaris niet terechtkomt op de boedelrekening maakt dat niet anders; dat is immers eigen aan het karakter van het salaris.

3.3. Dit brengt de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of zijdens geopposeerde sprake is van misbruik van recht bij het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

3.4. De bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte kan worden misbruikt. Zoals volgt uit artikel 3:13 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

3.5. In de onderhavige eigen aangifte is te kennen gegeven dat de vennootschap, op een banksaldo van € 340,62 na, geen bezittingen heeft. Gesteld noch gebleken is dat hier verandering in zal (kunnen) komen, temeer nu het hier gaat om een vennootschap met een onderneming waarin sinds 2012 geen activiteiten meer zijn ontplooid. De curator heeft onweersproken verklaard dat uit haar onderzoek geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen voor de gevolgtrekking dat sprake is van paulianeus handelen of van bestuurdersaansprakelijkheid. Evenmin is gebleken van een aanspraak op belastingteruggaven, zodat ook hieruit geen baten zullen voortvloeien. Bij deze stand van zaken dient er dus van te worden uitgegaan dat bij het uitspreken van het faillissement de situatie bestond dat de curator de nodige werkzaamheden zou moeten verrichten zonder dat daarvoor een vergoeding zou worden ontvangen.

3.6. Voor de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders van de vennootschap stond tegelijkertijd nog een mogelijkheid open om de vennootschap te liquideren. Zij kunnen de ontbinding van de vennootschap bewerkstelligen (artikel 2:19 lid 1, aanhef en onder a BW). Uit het bepaalde van artikel 2:19 leden 4 en 5 volgt dat, indien er ten tijde van de ontbinding geen baten zijn (te verwachten), geen vereffening volgt en de vennootschap terstond ophoudt te bestaan (“turbo-liquidatie”).

3.7. Het vorenstaande maakt naar het oordeel van de rechtbank dat van de aandeelhouders/(middellijk) bestuurders mag worden verwacht dat zij aannemelijk maken dat – ondanks voornoemde mogelijkheid tot turbo-liquidatie – het belang bij het doen van de eigen aangifte dient te prevaleren boven, of ten minste even zwaar heeft te wegen als, het belang van de curator om verstoken te blijven van niet-verhaalbare salariskosten. De aandeelhouders/(middellijk) bestuurders hebben dit echter niet aannemelijk gemaakt. De enkele mededeling dat volgens de bestuurders een turbo-liquidatie een “onfatsoenlijke methode” is, is hiervoor onvoldoende en miskent bovendien dat de turbo-liquidatie een door de wetgever gecreëerde

mogelijkheid is om een vennootschap te ontbinden en te laten ophouden te bestaan indien er geen te vereffenen activa (meer) aanwezig zijn.

3.8. Niet gebleken is dat de bestuurders een poging hebben gedaan de vennootschap zelf te liquideren. Anders dan door de bestuurders in het faillissementsverzoek is voorgespiegeld, is inmiddels gebleken dat de schuldenlast geen € 5.957,99, maar € 2.194,99 bedraagt. Er zijn twee schuldeisers, de belastingdienst (€ 695,-) en de boekhouder Comparco (€ 1.499,99). Deze boekhouder heeft recentelijk nog werkzaamheden voor de vennootschap verricht, diens vordering dateert uit oktober 2013 en niet is gebleken dat door de boekhouder op betaling van het bedrag van € 1.499,99 is aangedrongen. Dit maakt dat de bestuurders de schuldeisers openheid van zaken hadden kunnen geven en de gestelde bate van € 340,62 (15,5% van de schuldenlast) aan de schuldeisers hadden kunnen uitkeren, in plaats van voor lief te nemen dat deze in een faillissementssituatie “als een druppel op een gloeiende plaat verdampt”.

3.9. Gelet op voormelde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat geopposeerde naar redelijkheid niet had kunnen komen tot de keuze voor het doen van eigen aangifte in plaats van het gebruik maken van de mogelijkheid van turbo-liquidatie en dat zij, door dat toch te doen, misbruik van bevoegdheid maakt. Het verzoek van de curator zal derhalve worden toegewezen, zodat het vonnis waarbij Vooral Vaardig B.V. in staat van faillissement is verklaard zal worden vernietigd.

3.10. De rechtbank zal overeenkomstig het bepaalde in artikel 15 lid 3 Fw. het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vaststellen en bepalen dat deze ten laste komen van degene die de faillietverklaring heeft aangevraagd, zijnde geopposeerde Vooral Vaardig B.V. De rechtbank ziet geen aanleiding om, zo bedoeld artikel – dat de mogelijkheid van kostenveroordeling beperkt tot schuldenaar en aanvrager – dat al toestaat, deze kosten tevens ten laste van de (middellijk) bestuurders van geopposeerde te brengen, nu de curator daarvoor geen grondslag en feiten of omstandigheden heeft aangevoerd. Evenmin ziet de rechtbank aanleiding om de door de curator gestelde salariskosten te beperken, omdat het zich daartegen richtende verweer onvoldoende concreet is en de rechtbank daarvoor ook overigens geen termen aanwezig acht. Ook is er, gelet op het oordeel dat het verzet werd ingesteld door de curator qq (r.o. 3.2), geen grond om de tijd gemoeid met het onderhavige verzet onvergoed te laten.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het verzet gegrond;
- vernietigt het op 10 februari 2015 uitgesproken faillissement van:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VOORAL VAARDIG B.V.,
(...; red.).

»Annotatie

1. De curator van het op 10 februari 2015 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaarde Vooral Vaardig BV (hierna: Vooral Vaardig) is in verzet gekomen tegen deze faillietverklaring. Volgens de curator had Vooral Vaardig in redelijkheid niet tot de eigen aangifte kunnen komen, omdat het alternatief van ontbinding gevolgd door turboliquidatie aanwezig was en de (verwaarloosbare) bate van € 340,62 niet kon leiden tot verhaalbare faillissementskosten. De curator concludeerde tot misbruik van recht, omdat zij hierdoor onevenredig in haar belangen wordt benadeeld.

2. De eerste vraag die de rechtbank diende te beantwoorden, is die van de ontvankelijkheid van de curator. Is de curator belanghebbende in de zin van art. 10 Fw? In de rechtspraak zijn voldoende voorbeelden te vinden van curatoren die ontvankelijk zijn op grond van het belang “om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten”. Er zijn echter ook curatoren niet-ontvankelijk verklaard. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in 1982 (Rb. Rotterdam 9 november 1982, *NJ* 1983, 427) bijvoorbeeld nog tot niet-ontvankelijkheid, maar achtte de curator later wel ontvankelijk “nu hij als (potentieel) boedelschuldeiser bij de faillissementsbehandeling is betrokken” (Rb. Rotterdam 29 oktober 2009, *ECLI:NL:RBROT:2009:BK7907*). De opvatting dat de curator ontvankelijk is in deze procedures heeft de ruime overhand. Zie onder andere ook Wessels, *Insolventierecht I*, 2012, nr. 1425 en Gerechtshof 's-Gravenhage, 18 augustus 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4610*.

3. Vervolgens dient de rechtbank te oordelen over het door de curator gestelde misbruik van de bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen. De wet is duidelijk. Art. 1 lid 1 Fw luidt: “De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard.” Art. 6 lid 3 Fw luidt: “De faillietverklaring wordt uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze.” Om te voldoen aan het criterium van opgehouden te hebben te betalen, moet sprake zijn van pluraliteit van schuldeisers en het feitelijk opgehouden te zijn te betalen. Ondanks dat Vooral Vaardig aan deze vereisten voldeed, ziet zij zich, vanwege het ontbreken van voldoende actief ter dekking van de faillissementskosten, echter geconfronteerd met de onmogelijkheid van faillissement. Dat, terwijl de geciteerde wettekst (met name: “wordt”) geen ruimte biedt voor een discretionaire bevoegdheid van de rechter of een belangenafweging. Dat roept de fundamentele vraag op of er op grond van de geciteerde artikelen zoiets bestaat als een recht op faillietverklaring, ook bij afwezigheid van (substantiële) baten.

4. De curator tracht de op het oog dwingende regels van de Faillissementswet te doorbreken door een beroep te doen op de meer algemene regel van art. 3:303 BW: “zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe”. Als een rechtens te respecteren belang ontbreekt, kan dat reden zijn om het faillissementsverzoek af te wijzen of een vordering tot vernietiging toe te wijzen wegens misbruik van bevoegdheid uit art. 3:13 BW. Dit misbruik valt uiteen in drie categorieën: I) het uitoefenen van een bevoegdheid met geen ander doel dan een ander te schaden of II) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of III) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. De derde categorie staat hier centraal. Met het leerstuk van misbruik van bevoegdheid dient in algemene zin terughoudend te worden omgegaan (zie bijv. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516 of Rb. Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12223).

5. Terug naar het onderhavige vonnis. De curator heeft verklaard dat er geen sprake is van aanwijzingen die duiden op bestuurdersaansprakelijkheid of paulianeus handelen. Omdat de rechtbank mede op grond daarvan vaststelt dat het saldo van € 342,62 het enige actief is en gesteld noch gebleken is dat hier verandering in zal kunnen komen, staat vast dat de curator onbezoldigd werkzaamheden zal moeten verrichten. Door het eigen faillissement aan te vragen in plaats van te kiezen voor ontbinding, gevolgd door turboliquidatie, maakte Vooral Vaardig naar het oordeel van de rechtbank misbruik van haar bevoegdheid. De rechtbank concludeerde tot vernietiging van het faillissementsvonnis, waarbij Vooral Vaardig op grond van art. 15 lid 3 Fw werd veroordeeld tot voldoening van het salaris van de curator ter hoogte van € 3.359,60. Saillant detail is dat het aanvankelijke passief, slechts € 2.194,99, daardoor meer dan verdubbeld is.

6. Deze uitspraak van de Rechtbank Den Haag, waarbij de curator dus in het gelijk wordt gesteld, past in de lijn van andere uitspraken in soortgelijke gevallen. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, 20 maart 2014, «JOR» 2014/195, m.nt. Beckers. In zijn noot geeft Beckers een overzicht van relevante rechtspraak en worden verschillende argumenten uitgewerkt.

7. Het komt echter ook voor dat in het nadeel van de curator wordt beslist. Naast het feit dat faillietverklaring bij een lege boedel niet altijd zinloos is en er dus wel degelijk rechtens te respecteren belangen mee gediend kunnen zijn (zie o.a. Wessels, *Insolventierecht I*, 2012, nr. 1331 e.v.), bestaat ook een meer principiële opvatting. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland (1 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2306) dat geen ruimte bestaat voor een belangenafweging in aanvulling op de wettelijke eisen voor faillietverklaring, waarbij tevens werd overwogen dat geen dwingende regel voorschrijft dat in dergelijke gevallen tot (het alternatief van) ontbinding moet worden overgegaan.

8. Mijn voorkeur gaat uit naar deze strikte uitleg van de Faillissementswet. Ik vraag daarbij aandacht voor onder andere art. 18 Fw. Indien na een opheffing bij gebrek aan baten opnieuw aangifte of (binnen drie jaar na die opheffing) aanvraag van faillietverklaring wordt gedaan, is de schuldenaar respectievelijk de aanvrager verplicht aan te tonen dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden. Hieruit volgt dat de wetgever wel degelijk heeft stilgestaan bij lege boedels, maar de verplichting om aan te tonen dat er voldoende baten aanwezig zijn kennelijk niet voor eerste aanvragen heeft willen opnemen. Pas als voor een tweede maal om faillietverklaring wordt verzocht en het eerste faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten, geldt deze verplichting. Middels de in jurisprudentie uitgewerkte omweg van misbruik van bevoegdheid lijkt dit vereiste toch te zijn toegevoegd aan de eisen voor faillietverklaring op eerste verzoek. Dit lijkt niet goed verenigbaar met de strikte uitleg die normaliter

aan de Faillissementswet gegeven wordt. Zie tevens Gerechtshof Amsterdam 20 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2962 waarin werd geoordeeld dat art. 18 Fw niet analoog van toepassing is op een faillissementsverzoek en misbruik van bevoegdheid derhalve niet aanwezig werd geacht.

9. Er is wisselende (politieke) aandacht voor de lege boedelproblematiek. In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet is opgenomen dat de Commissie Insolventierecht 2007 zich de vraag heeft gesteld of de rechter de insolventie moet kunnen weigeren indien onvoldoende actief aanwezig is om de kosten van de procedure te dragen. In een aantal jurisdicties, waaronder Duitsland, is dit al het geval (par. 26 Insolvenzordnung). Dit werd echter onwenselijk geacht door de Commissie vanwege het risico op misbruik. Dit risico is gelegen in het onbeperkt kunnen aangaan en onbetaald laten van schulden en het feit dat “niemand meer naar deze boedels omkijkt”. Anderzijds was het volgens de Commissie niet reëel om de kosten van vereffening van lege boedels op curatoren af te wentelen. Het voorgaande maakte dat door de Commissie een regeling werd voorgesteld die inhield dat de Staat de faillissementskosten zou dragen bij een lege (of ontoereikende) boedel. Van invoering van die regeling is het zoals bekend niet gekomen.

10. Als er al wel plaats zou moeten zijn voor de beschreven belangenafweging, acht ik het opmerkelijk dat het belang van de curator “om verstoken te blijven van onverhaalbare salariskosten” telkens prevaleert boven het belang van faillietverklaring, zonder dat daarbij het belang van de curator nader wordt onderzocht. Dat belang wordt als statisch gegeven aangenomen. De vraag of de aanvrager een *redelijk* belang heeft bij de faillietverklaring is van feitelijke aard en kan in cassatie niet worden getoetst (o.a. HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5823). Een belangenafweging impliceert een individuele en feitelijke beoordeling. Moet hierbij ook worden onderzocht of dit de enige of juist de zoveelste lege boedel is voor de curator in kwestie? Speelt hierbij ook een rol dat een curator, bij het verzoek aan de rechtbank om geplaatst te worden op de lijst van curatoren, de kans accepteert (incidenteel) aangesteld te worden in een faillissement met een lege boedel? Wij mij betreft zijn dit valide vragen in het kader van een feitelijke belangenafweging, indien daar dus al aan toegekomen wordt.

11. Ik acht het onwenselijk wanneer curatoren massaal middels verzet vernietiging van deze faillissementsvonnissen bewerkstelligen. Enerzijds vanwege de belasting van het gerechtelijke apparaat, anderzijds vanwege de (daardoor onmogelijk te nemen) drempel tot faillietverklaring. En schuldenaren die niet failliet kunnen, vormen een risico op misbruik. Daarnaast komt het mij voor dat bij de beoordeling van faillissementsaanvragen meer terughoudend mag worden omgegaan met het leerstuk van misbruik van bevoegdheid, zoals dat in andersoortige procedures ook het geval is.

mr. H.J. School, advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten te Boxtel en curator in het arrondissement Oost-Brabant