

## Bestaat een reële mogelijkheid voor beroep op Garantstellingsregeling en uitzicht op baten die opheffing zou verhinderen?

HR 05-06-2020, ECLI:NL:HR:2020:1016

**Instantie**

Hoge Raad (Civiele kamer)

**Datum**

5 juni 2020

**Magistraten**

Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh

**Zaaknummer**

19/02652

**Conclusie**

A-G mr. G.R.B. van Peurseem

**Folio weergave**[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**JCDI**

JCDI:ADS225282:1

**Vakgebied(en)**

Insolventierecht / Faillissement

**Brondocumenten**

ECLI:NL:HR:2020:1016, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 05-06-2020

ECLI:NL:PHR:2020:103, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 31-01-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 31-05-2019

**Wetingang**

Art. 16, 18 Fw

### Essentie

**Opheffing. Bate. Garantstellingsregeling.**

**Bestaat een reële mogelijkheid voor een beroep op de Garantstellingsregeling en, als gevolg daarvan, uitzicht op baten die opheffing (bij gebrek aan baten) zou verhinderen?**

### Samenvatting

*Het faillissement van de vennootschap is op 28 augustus 2012 uitgesproken. Op dat moment waren de jaarrekeningen over 2006, 2008 en later niet gedeponneerd. Hoewel evident sprake is van het bewijsvermoeden van art. 2:248 BW, zijn er volgens de curator onvoldoende gronden en aanwijzingen voor een succesvolle vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid dan wel voor verhaal daarvoor. Voor nader onderzoek heeft de boedel geen middelen en in een beroep op de Garantstellingsregeling ziet de curator weinig heil. De rechtbank heeft het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten. De verzoekers zijn in beroep gekomen en menen dat de curator onvoldoende heeft getracht met een beroep op de Garantstellingsregeling onderzoek naar baten te doen. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.*

*HR: De schuldeiser die op de voet van art. 18 Fw opkomt tegen de opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw), dient aannemelijk te maken dat nog wel voldoende baten in het faillissement aanwezig zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Voor het verkrijgen van een garantstelling is blijkens de Garantstellingsregeling en de toelichting daarop vereist, dat sprake is van een rechtsvordering of onderzoek waarvan vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de daaraan verbonden kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. De curator moet die inschatting maken. De curator heeft geen heil in een beroep op de Garantstellingsregeling gezien. Verzoekers hebben niet aannemelijk gemaakt dat voldoende aanwijzingen voor verhaalsmogelijkheden bestaan. Voor de curator bestaat geen reële mogelijkheid een beroep op de Garantstellingsregeling te doen. Nu de boedel leeg is, blijft de beschikking van het hof in stand.*

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- Hof Den Bosch 23 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1902 (deze zaak).

### Zie anders:

- Concl. A-G 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:103 (voor deze beschikking).

## Wenk

Het onderwerp van deze beschikking van de Hoge Raad betreft de inspanningen die een curator in geval van een lege boedel moet doen om te onderzoeken of er potentiële baten uit een bestuursaansprakelijkheidsvordering zijn te verwachten. Een bijzondere rol speelt daarbij de mogelijkheid voor de curator een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 te doen. Voor een geslaagd beroep daarop is, volgens de Hoge Raad, op basis van de toelichting vereist dat vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. Het is de curator die in eerste instantie die afweging moet maken. In deze zaak heeft de curator, gevolgd door het hof, gemeend dat onvoldoende aanwijzingen voor verhaalsmogelijkheden bestaan. Het hof acht daarvoor van belang dat verzoekers geen duidelijkheid over mogelijk concreet verhaal hebben geschapen en onzekerheid over uitwinning van zich mogelijk in het buitenland bevindende baten bestaat. Een reële mogelijkheid van een beroep op de Garantstellingsregeling is dan, volgens de curator, niet aan de orde en de Hoge Raad sanctioneert dat.

Het hof heeft zijn oordeel mede op het gebrek aan informatie van de verzoekers gebaseerd en dat is volgens de Hoge Raad juist. Verzoekers moeten volgens de Hoge Raad, wanneer zij op grond van art. 18 Fw in beroep komen tegen de opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16 Fw), aannemelijk maken dat er wel voldoende (potentiële) baten in het faillissement aanwezig zijn. Hoe die afweging in het concrete geval luidt, is van feitelijke aard. Zie voor overwegingen over de omvang van het door de curator te verrichten onderzoek, mede afgezet tegen onderzoek in het kader van de Wet versterking positie curator en de Insolad Praktijkregels, de conclusie de van de advocaat-generaal voor deze beschikking (nr. 2.2 – 2.9).

J.A. Stal

## Partij(en)

Beschikking in de zaak

1. [Verzoekster 1] B.V.,
2. [Verzoeker 2],
3. [Verzoekster 3] B.V.,

verzoeksters tot cassatie, adv.: mr. T.T. van Zanten,

tegen

1. R.J.C. Geelen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] B.V. te Venlo, verweerder tot cassatie, adv.: mr. B.I. Kraaiipoel,
2. [Belanghebbende], zonder bekende woon- of verblijfplaats in Nederland, belanghebbende in cassatie, niet verschenen.

## Uitspraak

### Hoge Raad:

#### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak C/04/12/240 F van de rechtbank Limburg van 5 maart 2019;
- b. de beschikking in de zaak 200.256.114/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 mei 2019.

[Verzoeksters] hebben tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. (...) De curator heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursesem strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de curator heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### 2. Uitgangspunten en feiten

## 2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De gefailleerde vennootschap, [A] B.V., behoort tot een conglomeraat van vennootschappen van de familie [belanghebbende] dat zich bezig houdt met onder meer melkvee, melkquota, en het begeleiden van melkveeboeren bij bedrijfsverhuizingen.
- (ii) Het faillissement is uitgesproken op 28 augustus 2012, op verzoek van thans verzoeksters tot cassatie onder 2 en 3. Op dat moment was [B] B.V. bestuurder en enig aandeelhouder van de gefailleerde vennootschap. [Belanghebbende] is bestuurder en enig aandeelhouder van [B] B.V. Tot een herstructurering op 1 september 2009 had de gefailleerde vennootschap nog drie andere bestuurders.
- (iii) Ten tijde van het uitspreken van het faillissement waren de jaarrekeningen over 2006, 2008 en de jaren daarna niet gedeponereerd. Alleen over het jaar 2007 is een jaarrekening gedeponereerd.

## 2.2

Op voordracht van de rechter-commissaris in het faillissement heeft de rechtbank in de eerste aanleg van deze procedure het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten.

## 2.3

Hiertegen zijn [verzoeksters] als schuldeiseres in het faillissement in hoger beroep opgekomen. Zij hebben aangevoerd, kort gezegd, dat de curator onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar een aantal met name door hen genoemde, mogelijk met succes jegens de bestuurders van de gefailleerde dan wel zustermaatschappijen van de gefailleerde in te stellen vorderingen, waaronder een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW jegens [belanghebbende] in verband met het niet-deponeren van jaarrekeningen over 2006, 2008 en de jaren daarna. De curator heeft volgens [verzoeksters] niet getracht door middel van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 geld te ontvangen om onderzoek te doen naar eventuele baten.

## 2.4

De curator heeft bestreden dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan. Hoewel evident sprake is van het bewijsvermoeden van art. 2:248 BW, zijn er volgens hem onvoldoende gronden en aanwijzingen voor het succesvol kunnen instellen van de door [verzoeksters] genoemde vorderingen. In door hem met [verzoeksters] gevoerde gesprekken, hebben zij die gronden en aanwijzingen niet voldoende kunnen noemen. Met betrekking tot [belanghebbende] lijkt bovendien geen uitzicht op verhaal te bestaan. [Verzoeksters] hebben geen enkel vermogensbestanddeel aangewezen op grond waarvan dat uitzicht wel bestaat. De boedel heeft geen middelen om nader onderzoek te bekostigen. In een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 ziet de curator weinig heil, nu ook in dat kader vooruitzichten moeten worden geboden op eventueel verhaal.

## 2.5

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft daartoe onder meer als volgt overwogen.

### “3.9.2.

(...) Het hof dient (...) te toetsen of er een situatie bestaat dat niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Het hof wijst erop dat dit een zeer beperkte toetsing is. [Verzoeksters] dienen aannemelijk te maken dat er nog wel baten in dit faillissement aanwezig zijn. (...)

### 3.9.3.

Met [verzoeksters] en de curator is het hof van oordeel dat bij gebrek aan gedeponereerde jaarstukken over de jaren 2006, 2008 en latere jaren alsmede het aan de curator overleggen van een gebrekkige administratie door de bestuurder van gefailleerde, sprake is van het in artikel 2:248 juncto de artikelen 2:10 en 2:394 BW genoemde bewijsvermoeden. (...)

### 3.9.4.

(...) [De] bestuurders van gefailleerde [dienen] — teneinde genoemd weerlegbaar bewijsvermoeden te weerleggen — een belangrijke andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. (...)

### 3.9.5.

Bij gebrek aan de gegevens in deze zaak (...) kan het hof zelf moeilijk toetsen of een andere oorzaak van het faillissement in plaats van financieel wanbeleid inderdaad aanwezig is, althans in voldoende mate aannemelijk is gemaakt. De door [verzoeksters] overgelegde informatie (...) wijst echter in de richting van mogelijk financieel wanbeheer door de bestuurders vóór en tijdens de economische crisis en daarmee op bestuurdersaansprakelijkheid. De stelling dat slechts uitsluitend en beslissend de economische crisis aansprakelijk is voor het faillissement acht het hof niet zonder meer aannemelijk. De stellingname van [belanghebbende] jegens de (...) curator (...) dat het niet meer mogelijk was om jaarrekeningen op te

stellen wegens de bankencrisis en de zuivelcrisis (...) komt het hof evenmin aannemelijk voor, zij het dat in dergelijke jaarstukken wel met de ontstane problemen rekening gehouden zou zijn. Ook acht het hof — gelet op hetgeen door [verzoeksters] is overgelegd — niet bij voorbaat onaannemelijk dat er mogelijk bij [belanghebbende] nog iets te verhalen valt.

Dit betekent dat de afgelopen jaren — toen er nog wel geld in de boedel zat — er mogelijk ten onrechte geen uitgebreider althans gericht onderzoek door de (...) curator heeft plaatsgevonden naar eventuele malversaties van de bestuurders van gefailleerde en onderzoek naar mogelijke baten bij die bestuurders in privé. Daarmee is ook veel tijd verloren gegaan en inmiddels — aldus begrijpt het hof de (...) curator — zijn ook mogelijke vorderingen (tegen mede-bestuurders) verjaard.

### 3.9.6.

De vraag is echter in hoeverre dit thans, bij de huidige stand van zaken, zou kunnen leiden tot het uitwinnen van mogelijk aanwezige baten voor de boedel. Voldoende duidelijkheid op het punt van mogelijk concreet verhaal is ook tijdens de mondelinge behandeling niet gebleken. [Verzoeksters] hebben voorts niet op voorhand overeenstemming bereikt met de curator over een mogelijk plan van aanpak. Het voorstel om een eigen onderzoekscommissie op te zetten buiten de curator om vindt geen steun bij diezelfde curator. De curator heeft ook ter zitting aangegeven niet bereid te zijn inzage te geven in de bij hem aanwezige stukken. Ook in het doen van een beroep op de garantieregeling van het ministerie ziet de curator weinig heil. [Verzoeksters] kunnen dus niet op instemming rekenen van de curator met hun huidige voorstel. Het hof kan — binnen het beperkte toetsingskader (...) zoals hierboven omschreven (...) — de curator ook niet dwingen om in te stemmen met het voorstel; evenmin kan het hof de curator dwingen om een garantieregeling bij het ministerie aan te vragen.

### 3.9.7.

[Verzoeksters] hebben ook niet op voorhand, dat wil zeggen vóór de beslissing waarvan beroep, bij de rechter-commissaris aangedrongen een ander aan te stellen tot curator of de rechtbank verzocht een voorlopige commissie uit de schuldeisers als bedoeld in artikel 74 lid 1 FW-oud, dan wel sinds 1 januari 2019 een voorlopige schuldeiserscommissie ex artikel 74 lid 1 Fw te vormen. Weliswaar is namens [verzoeksters] ter zitting in hoger beroep desgevraagd aangegeven dat men alsnog bereid is om de rechtbank te verzoeken de curator te vervangen. Maar dit neemt niet weg dat het hof thans een beslissing moet nemen bij de huidige stand van zaken en met inachtneming van de — op zich niet onbegrijpelijke — weigering van de curator om in te stemmen met de door [verzoeksters] voorgestelde constructie, waarbij de curator niet zelf meer het voortouw neemt maar de crediteuren althans hun advocaten. Het mogelijk in de toekomst gaan verzoeken om de aanstelling van een andere curator is daarmee een 'gepasseerd station'.

### 3.9.8.

Voorts is er bij [verzoeksters] ook geen bereidheid gebleken om gelden te storten in de lege boedel om de reeds gemaakte onbetaalde boedelkosten te bestrijden en tevens de curator nader onderzoek te laten verrichten. De schuldeisers wensen hooguit gelden te storten voor toekomstige noodzakelijk door de curator te nemen stappen binnen de door hen voorgestane constructie. Van de curator kan bij een — inmiddels — lege boedel ook niet worden verwacht dat hij uitgebreid onderzoek zal gaan doen naar mogelijke baten zonder enige zekerheid dat er uiteindelijk iets kan worden uitgewonnen. Weliswaar zijn er enigszins aanwijzingen te vinden in hetgeen [verzoeksters] hebben overgelegd dat [belanghebbende] mogelijk activa heeft in Amerika en/of Brazilië, maar het kunnen uitwinnen van mogelijke, zich in het buitenland bevindende baten is daarmee verre van zeker.

### 3.9.9.

Bij de huidige stand van zaken — een lege boedel en reeds meer dan € 20.000 aan niet betaalde kosten van de curator — en gelet op de patstelling tussen [verzoeksters] en de curator, kan het hof niet anders dan de beslissing tot opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten ter bestrijding van reeds gemaakte en mogelijk nog te maken faillissementskosten, bekrachtigen. Het hof zal aldus beslissen."

## 3. Beoordeling van het middel

### 3.1.1

Het middel klaagt dat het hof de toepasselijke maatstaf heeft miskend, dan wel deze onjuist heeft toegepast of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, door in rov. 3.9.3-3.9.5 te oordelen dat de aanwezigheid van een bate niet onaannemelijk is, maar vervolgens in rov. 3.9.6-3.9.9 de beslissing van de rechtbank te bekrachtigen op grond van de omstandigheden dat sprake is van, kort gezegd, (a) een lege boedel en (b) een patstelling tussen [verzoeksters] en de curator. Daarbij acht het middel onder meer van belang dat op grond van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 voor de curator de reële mogelijkheid bestaat om een voorschot te vragen ter dekking van de kosten van het doen van een deugdelijk verhaalsonderzoek, een vooronderzoek en van het uiteindelijk instellen van de vordering ex art. 2:248 BW.

### 3.1.2

Het middel richt geen klacht tegen het oordeel van het hof aan het slot van rov. 3.9.6 dat de vorderingen tegen andere bestuurders inmiddels zijn verjaard. Het middel heeft derhalve alleen betrekking op de vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW jegens [belanghebbende].

### 3.2.1

Art. 16 lid 1 Fw bepaalt dat indien niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden, de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris de opheffing van het faillissement kan bevelen. De schuldeiser die op de voet van art. 18 Fw opkomt tegen de opheffing van het faillissement, dient daarom aannemelijk te maken dat nog wel voldoende baten in het faillissement aanwezig zijn voor de voldoening van de in art. 16 Fw genoemde kosten en schulden, zoals het hof (in rov. 3.9.2) terecht tot uitgangspunt heeft genomen.

### 3.2.2

De in het middel genoemde Garantstellingsregeling curatoren 2012<sup>1</sup> berust onder meer op art. 2:248 lid 10 BW in verbinding met art. 2:138 lid 10 BW. Deze regeling voorziet in de mogelijkheid van het verkrijgen van een voorschot voor het instellen van een rechtsvordering op grond van onder meer art. 2:138 BW en art. 2:248 BW en voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe, indien de boedel daarvoor ontoereikend is. Voor het verkrijgen van deze garantstelling is blijkens de Garantstellingsregeling curatoren 2012 en de toelichting daarop vereist dat sprake is van een rechtsvordering of onderzoek waarvan vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de daaraan verbonden kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst.<sup>2</sup> Het doen van een verzoek tot een garantstelling op grond van de regeling is aan de curator, die daarbij laatstgenoemde inschatting zal moeten maken.

### 3.2.3

Zoals hiervoor in 2.4 is vermeld, heeft de curator met betrekking tot de mogelijke vordering op [belanghebbende] op grond van art. 2:248 BW aangevoerd dat hij geen aanwijzingen ziet dat verhaal op [belanghebbende] mogelijk is, en dat hij om die reden evenmin heil ziet in een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren 2012. Blijkens de aanvang van rov. 3.9.6 ("Voldoende duidelijkheid op het punt van mogelijk concreet verhaal is ook tijdens de mondelinge behandeling niet gebleken") en het slot van rov. 3.9.8 ("het kunnen uitwinnen van mogelijke, zich in het buitenland bevindende baten is daarmee verre van zeker") is het hof kennelijk van oordeel geweest dat [verzoeksters], in het licht van dit betoog van de curator, niet aannemelijk hebben gemaakt dat nog wel voldoende aanwijzingen voor verhaalsmogelijkheden bestaan. Dat oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk.

### 3.2.4

Uit het voorgaande volgt dat, anders dan aan het middel ten grondslag ligt, in cassatie niet tot uitgangspunt kan worden genomen dat voor de curator de reële mogelijkheid bestaat een beroep te doen op de Garantstellingsregeling curatoren 2012. Nu de overweging van het hof dat de boedel leeg is — dus geen middelen aanwezig zijn voor het nog verder onderzoeken en instellen van een rechtsvordering jegens [belanghebbende] —, zijn beslissing zelfstandig kan dragen, faalt het middel.

### 3.3

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

## 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Deze beschikking is gegeven door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 5 juni 2020.

## Conclusie

### Conclusie A-G mr. G.R.B. van Peurseem:

In deze art. 18 Fw procedure verzetten schuldeisers [verzoekers] zich tegen opheffing bij gebrek aan baten van het faillissement van [A] B.V. (hierna ook: [A], de gefailleerde of de vennootschap) met het betoog dat het faillissement moet voortduren, opdat de curator schadevergoedingsacties tegen de (indirect) bestuurder van gefailleerde ([belanghebbende]) en derden kan instellen. Het tegen de opheffing ingestelde beroep, waarin verzoekers/crediteuren op diverse onregelmatigheden wijzen, sneuvelt bij het hof.

Daarbij hinkt het hof op twee gedachten door enerzijds te overwegen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur op

grond van het onweerlegbare bewijsvermoeden van art. 2:248 jo. 2:10 jo. 2:394 BW, dat het aan de bestuurders van [A] is om een belangrijke andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken, dat de door verzoekers overgelegde informatie wijst op mogelijk financieel wanbeheer door de bestuurders al voor, maar ook tijdens de kredietcrisis en zodoende op bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij de stelling van [belanghebbende] dat alleen van buiten komende en op zich niet verwijtbare bedrijfs- en macro-economische oorzaken in het faillissement hebben geresulteerd in de ogen van het hof niet zonder meer aannemelijk is, terwijl ook bij voorbaat niet onaannemelijk wordt geacht dat er op [belanghebbende] verhaal valt te nemen. Anderzijds komt het hof vervolgens tot de constatering dat er nu sprake is van een lege boedel en een patstelling tussen de curator en verzoekers, zodat bij die stand van zaken gegeven het beperkte toetsingskader van art. 18 Fw tot geen andere beslissing kan worden gekomen dan dat de opheffing bij gebrek aan baten in stand moet worden gelaten.

Het cassatiemiddel klaagt volgens mij terecht dat dit zo gepresenteerde oordeel niet in stand kan blijven.

## 1. Feiten en procesverloop<sup>1</sup>

### 1.1

Gefailleerde behoort tot een conglomeraat van vennootschappen van de familie [belanghebbende] dat zich bezig houdt met melkvee, melkquota, het begeleiden van melkveeboeren bij bedrijfsverhuizingen en dergelijke.

### 1.2

Op verzoek van [verzoekster 3] en [verzoeker 2] is de vennootschap op 28 augustus 2012 in staat van faillissement verklaard, onder benoeming van [betrokkene 2] tot curator en mr. M.M. Vanhommerig tot rechter-commissaris.

### 1.3

Ten tijde van de faillietverklaring was [B] B.V. (hierna: [B]) de bestuurder tevens enig aandeelhouder van gefailleerde. [B] is een vennootschap van [belanghebbende] waar hij tevens enig aandeelhouder/bestuurder van is. Tot een herstructurering op 1 september 2009 waren er nog drie andere bestuurders.

### 1.4

Ten tijde van het uitspreken van het faillissement waren de jaarrekeningen over de jaren 2006, 2008 en de jaren daarna niet gedeponneerd. Alleen over het jaar 2007 is een (laatste) jaarrekening gedeponneerd.

### 1.5

In zijn faillissementsverslag van 15 juni 2016<sup>2</sup> heeft de curator het volgende vermeld:

“De afwikkeling van het faillissement zal in juni 2016 bij de rechtbank worden ingediend.”

### 1.6

Op 29 juni 2016 hebben [verzoeker 2] en [verzoekster 3] bij de rechter-commissaris een verzoekschrift op grond van art. 69 Fw ingediend en verzocht:<sup>3</sup>

- 1) te bepalen dat niet tot opheffing van het faillissement van gefailleerde zou worden overgegaan voordat een gesprek heeft plaatsgevonden met [betrokkene 1] (enig bestuurder en aandeelhouder van [verzoekster 1]<sup>4</sup>) en voormalig fiscaal en strategisch adviseur van het concern waarvan gefailleerde deel uitmaakt, hierna: [betrokkene 1]) teneinde te onderzoeken of van hem nog informatie kan worden verkregen die aanleiding geeft tot het doen van nader onderzoek naar de aansprakelijkheid van de toenmalige directe en indirecte bestuurders van gefailleerde;
- 2) de curator te gelasten tot het doen van veer onderzoek naar onder meer de mogelijkheden om langs de weg van [C] B.V. verdere inkomsten voor de boedel te genereren en daartoe zo nodig het faillissement van [C] B.V. te bewerkstelligen door zich als bestuurder te benoemen en de huidige bestuurder te ontslaan dan wel een AVA uit te schrijven en zich tot vereffenaar van [C] B.V. te benoemen.

Bij beschikking van 12 september 2016 heeft de rechter-commissaris deze verzoeken afgewezen. Bij beroepschrift van 15 september 2016 zijn [verzoeker 2] en [verzoekster 3] in beroep gekomen tegen deze beschikking. Bij beschikking van 30 januari 2017 heeft de rechtbank vervolgens de beschikking van de rechter-commissaris vernietigd en bepaald dat er een gesprek zal moeten plaatsvinden tussen [betrokkene 1] en de curator. De rechtbank heeft daartoe als volgt overwogen:

### “4.5

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling [...] heeft de curator erkend dat de administratie van [A] waarover hij de beschikking had incompleet was. Voorts is de rechtbank gebleken dat de curator voor zijn onderzoek vrijwel geheel afhankelijk is geweest van informatie afkomstig van de zijde van het concern [B] in de persoon van de spil daarvan, [belanghebbende], (waarmee overigens het contact gelet op diens verblijf in het buitenland slechts uiterst moeizaam tot stand kwam) en de adviseur/advocaat van het concern mr. Scholtes. Moeilijk valt in te zien waarom in een dergelijk geval

geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om verdere informatie te vergaren door middel van het horen van de persoon die daartoe op basis van zijn jarenlange fiscale en strategische adviseurschap van het concern bij uitstek in staat is, en daartoe klaarblijkelijk ook bereid is, te weten [betrokkene 1]. De rechter-commissaris heeft het verzoek sub I. van appellanten derhalve op — ook inhoudelijk — onjuiste gronden afgewezen, zodat de beschikking in zoverre vernietigd zal worden, en de rechtbank, opnieuw rechtdoende, zal bepalen dat de curator wordt bevolen in gesprek te treden met [betrokkene 1], teneinde te onderzoeken of van hem nog informatie kan worden verkregen die aanleiding geeft tot het doen van nader onderzoek naar de aansprakelijkheid van de toenmalige directe en indirecte bestuurders van [A]. Een logisch gevolg hiervan is dat het faillissement tussentijds niet zal worden voorgedragen voor opheffing, er is echter geen noodzaak dit in het toegewezen verzoek uitdrukkelijk op te nemen. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat opheffing van het faillissement (en dus ook weigering daarvan) een bevoegdheid is die slechts aan de rechtbank in het kader van artikel 16 Fw toekomt, en niet aan de rechter-commissaris of de curator.”

## 1.7

Parallel hieraan heeft [verzoekster 1] op 6 juli 2016 eveneens bij de rechter-commissaris een verzoekschrift ex art. 69 Fw ingediend. [Verzoekster 1] heeft verzocht:<sup>15</sup>

- 1) de curator te gelasten nader onderzoek te doen naar al datgene wat in het verzoekschrift van 6 juli 2016 is aangegeven, waaronder in ieder geval een nader onderzoek naar het verloop van de activa van de failliet, de bestuurdersaansprakelijkheid (...), de mogelijkheden om via de entiteiten in de VS het boedeltekort aan te zuiveren, de herstructurering van 1 september 2009;
- 2) te gelasten dat [betrokkene 1] ten overstaan van de rechter-commissaris onder ede wordt gehoord over al datgene wat voor de afwikkeling van het faillissement van belang is, waaronder in ieder geval de onderwerpen genoemd onder 1);
- 3) te gelasten dat de curator alles in het werk stelt, desnoods door een faillissementsgijzeling, om [belanghebbende] te dwingen de informatie te verschaffen die de curator nodig heeft voor een correcte afwikkeling van de boedel;
- 4) de opheffing van het faillissement (vooralsnog) te weigeren.

Bij beschikking van 12 september 2016 heeft de rechter-commissaris het verzoek afgewezen. Tegen deze beschikking heeft [verzoekster 1] beroep ingesteld. Bij beschikking van 30 januari 2017<sup>16</sup> heeft de rechtbank de beschikking van de rechter-commissaris bekrachtigd en daartoe als volgt overwogen:

*Het verzoek sub I*

### 4.11.1

(...) Gelet op hetgeen door appellante ter zitting naar voren is gebracht, valt naar het oordeel van de rechtbank niet uit te sluiten dat [betrokkene 1] over informatie beschikt die nader onderzoek als onder I gevorderd kan rechtvaardigen. Nu die informatie echter op dit moment niet voorhanden is is het onder I verzochte naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd. (...)

*Het verzoek sub II*

### 4.11.2

(...) De rechtbank is van oordeel dat dit verzoek niet voor toewijzing in aanmerking komt. Artikel 69 Fw biedt de mogelijkheid de rechter-commissaris te verzoeken de curator te gelasten *een bepaalde handeling* te verrichten dan wel na te laten. Dit artikel biedt echter niet de mogelijkheid de rechter-commissaris op te dragen een handeling te verrichten, zoals het onder ede horen van [betrokkene 1].

*Het verzoek sub III*

### 4.11.3

De rechtbank overweegt dat ieder der schuldeisers op grond van artikel 69 Fw een bevel van de rechter-commissaris uit kan lokken dat de curator een bepaalde handeling verricht. (...) De rechtbank is van oordeel dat dit verzoek niet toewijsbaar is omdat het onvoldoende concreet is. (...)

*Het verzoek sub IV*

### 4.11.4

(...) Ook dit verzoek komt naar het oordeel van de rechtbank niet voor toewijzing in aanmerking nu de gevraagde weigering van de opheffing van het faillissement een bevoegdheid is die op grond van artikel 16 lid 1 Fw niet aan de rechter-commissaris maar aan de [rechtbank] toekomt.”

## 1.8

Nadat [betrokkene 2] met pensioen was gegaan, is bij beschikking van 28 november 2017 mr. Geelen aangesteld als

curator.

## 1.9

Op voordracht van de rechter-commissaris heeft de rechtbank op 5 maart 2019 het faillissement van gefailleerde opgeheven en het salaris van de curator vastgesteld.

## 1.10

[Verzoekers] zijn tegen deze beschikking in hoger beroep gekomen. Zij hebben verzocht de beschikking van 5 maart 2019 te vernietigen met bepaling dat het faillissement voortduurt, zodat de curator namens gefailleerde schadevergoedingsvorderingen tegen [belanghebbende] en eventuele andere partijen kan instellen.<sup>[7]</sup> De curator heeft verweer gevoerd en [belanghebbende] is als belanghebbende in de procedure verschenen. De beroepszaak is behandeld ter zitting van het Bossche hof op 8 mei 2019. Voor zover in cassatie van belang teken ik uit het opgevraagde zittingsp-v het volgende op:

“De curator deelt — kort en zakelijk — het volgende mede:

Mijn voorganger [betrokkene 2] heeft getracht in gesprek te komen met [betrokkene 1] maar [betrokkene 1] wilde liever de rechter-commissaris erin betrekken. De stukken aangaande diverse artikel 69 Fw-procedures zijn overgelegd. [Betrokkene 2] heeft de mogelijkheid om bestuursleden van gefailleerde aansprakelijk te stellen, onderzocht. De opmerking dat de vorige curator zich onvoldoende van zijn taak heeft gekweten is tendentius. Ik heb zelf ook een heel serieus gesprek gevoerd met [betrokkene 1]. Ik heb geen toezeggingen gedaan dat ik iemand aansprakelijk zou stellen. Ik heb wel verzocht om stukken waarmee ik eventueel zou kunnen gaan procederen. Dergelijke stukken heb ik niet althans niet in voldoende mate gekregen.

Ik heb geen zicht op enig vermogen bij [belanghebbende]. Thans komen [verzoekers] met gegevens (producties 19 en 20) die ze op een website hebben gevonden. Die gegevens zeggen mij niets. [Belanghebbende] zit in Brazilië en lijkt geen verhaal te bieden voor enige aansprakelijkheidsstelling.

Het is aan mij als curator om een beslissing te nemen om iemand aansprakelijk te stellen wegens bestuurdersaansprakelijkheid en een proces te entameren: deze beslissing ligt niet bij de schuldeisers. Ik zie ook geen reden om [verzoekers] inzage te geven in de stukken waarover ik beschik.

Voor zover aanwezig zijn de beschikbare activa inmiddels verkocht. Sinds 2012 was niemand geïnteresseerd in aandelen die gefailleerde nog hield. De boedel is leeg; er is een tekort van circa € 20.000. Er is geen concreet zicht op enig verhaal op personen. Daarmee is een opheffing bij gebrek aan baten gegeven.

Ik heb geen gelden verzocht bij het ministerie uit hoofde van de garantstelling. Ook met de informatie die [betrokkene 1] heeft verschaft kan ik er niet precies de vinger achter krijgen of het faillissement van gefailleerde is veroorzaakt door het handelen van het bestuur of door de economische crisis. Hetgeen [belanghebbende] tegenover mij heeft aangevoerd ten aanzien van de economische crisis acht ik valide. De richtlijnen van de garantstelling zijn helder: als er onvoldoende zicht is op enige verhaalbaarheid van schade, dan komt men niet in aanmerking voor de garantstelling. Er heeft een oordeelsvorming over de aansprakelijkheid plaatsgevonden.

Mr. Boas [advocaat van [belanghebbende], A-G] deelt desgevraagd — kort en zakelijk — het volgende mede.

Ik ben betrokken geweest bij de problemen die [belanghebbende] ervoer in de Verenigde Staten. In tien jaar tijd was een behoorlijk eigen vermogen gecreëerd. De winst uit dit vermogen werd echter geïnvesteerd in de groei van het bedrijf. De ‘dairy farms’ presteerden goed en voldeden aan hun verplichtingen. Op enig moment daalde de melkprijs echter scherp en wensten de Amerikaanse banken geen financieringen meer te verstrekken. De waarde per koe daalde toen ook. Dit leverde weer problemen op doordat de koeien vaak als onderpand dienden voor de geldleningen en de waarde van de koeien de waarde van de geldleningen niet meer dekte. Vervolgens kwam daar ook nog de wereldwijde financiële crisis overheen. De reden dat [belanghebbende] steeds winst investeerde in groei is gelegen in zijn passie voor melkveehouderijen.

[Belanghebbende] is geen slecht mens en hij is niet uit op persoonlijk winstbejag.

(...)

Voor zover ik weet heeft [belanghebbende] alleen een belang in een vennootschap die ‘Brazilian Dairy International’ heet en niet in andere vennootschappen. De door [verzoekers] genoemde vennootschappen (producties 19 en 20) zijn inactief en het aandelenkapitaal is ook niet gestort. [Belanghebbende] heeft geen eigendommen en de door hem gedreven ondernemingen hebben ook geen activa. De ondernemingen die [belanghebbende] in Brazilië tracht op te zetten (...) betreffen slechts kleine boerenondernemingen. [Belanghebbende] en zijn echtgenote zijn wel bestuurders van een ‘STAK’ maar zij hebben geen winstrecht. Hun kinderen zijn aandeelhouders. Er is geen verhaalbaar vermogen bij [belanghebbende].

Deze procedure riekt naar een ‘fishing expedition’.

Het is niet juist dat [belanghebbende] 10.000 koeien in de Verenigde Staten heeft. [Betrokkene 3] heeft ook geen verhaalbaar vermogen. [Belanghebbende] leeft van € 1.500 à € 1.600 euro per maand dat hem door zijn familie wordt aangereikt. Ik weet niet of het de certificaathouders van de STAK zijn die [belanghebbende] betalen.

(...)



Op uitdrukkelijke vragen van het hof deelt mr. Van Dam [advocaat van verzoekers, A-G] — kort en zakelijk weergegeven het volgende mede:

[Verzoekers] zijn niet zonder meer bereid om geld in de boedel te storten teneinde de curator onderzoek te laten doen. [Verzoekers] willen dit onderzoek zelf (door middel van hun advocaten) voor hun rekening nemen. Voor nieuwe door de curator te maken kosten voor het civielrechtelijk vervolgen van [belanghebbende] zijn [verzoekers] eventueel wel bereid om gelden in de boedel te storten. Ook de boedel is met een dergelijke regeling, waarbij [verzoekers] onderzoek doen in ruil voor een percentage van de eventuele opbrengst, gebaat, omdat er dan verse gelden instromen.

[Verzoekers] realiseren zich dat eventueel behaalde baten via de boedel moeten lopen omdat de rechter-commissaris anders niet instemt met de gang van zaken. Dit wil echter niet zeggen dat een constructie zoals [verzoekers] die voorstaat geen kans van slagen zou hebben. [Verzoekers] is wel afhankelijk van verdere informatie die de curator kan verschaffen. Op uitdrukkelijke vragen van het hof deelt de curator — kort en zakelijk weergegeven — het volgende mede:

U vraagt mij of [betrokkene 2] of ik met [belanghebbende] zelf heeft gesproken. [Belanghebbende] heeft aangeboden om langs te komen op kantoor. [Belanghebbende] belde dan echter pas als hij al in Nederland was en op die korte termijn kon ik geen ruimte vrijmaken om hem te spreken. Mijn contact met [belanghebbende] vindt met name via de e-mail plaats. [Betrokkene 2] heeft wel een keer persoonlijk met [belanghebbende] gesproken.

Ik beschik over informatie dat [belanghebbende] geen vermogen in de Verenigde Staten heeft.

Ik beschik slechts over een bescheiden administratie van gefailleerde (enkele ordners) omdat op enig moment de administratie niet meer is bijgehouden. Formeel staat vast dat niet is voldaan aan de administratieplicht. Er is geen jaarrekening over het jaar 2006.

De informatie die [betrokkene 1] mij aanreikt is voor een groot deel nieuw maar onvoldoende om tot het oordeel te komen dat [belanghebbende] zelf als bestuurder het faillissement van gefailleerde heeft veroorzaakt en dat dit niet de economische crisis was. (...)

Ik ben niet bereid om mee te werken aan de door [verzoekers] voorgestelde 'U-bocht'-constructie waarbij zij onderzoek verrichten naar eventuele verantwoordelijkheid van [belanghebbende] voor het faillissement en onderzoek naar eventuele baten. [Verzoekers] willen geen geld aan de boedel betalen zodat ik uitgebreider onderzoek zou kunnen doen. Als curator wil ik zelf kunnen beslissen of ik een proces uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid jegens [belanghebbende] entameer of niet. De informatie waarover ik thans beschik geeft geen aanleiding om een dergelijke procedure te starten. Ik heb ook weinig reden om te vermoeden dat [belanghebbende] activa in Nederland of Brazilië heeft waarop verhaald zou kunnen worden.

Indien [verzoekers] geen vertrouwen in mij hebben, hadden ze moeten verzoeken om de aanstelling van een andere curator of ze hadden een crediteurencommissie moeten laten instellen.

[Betrokkene 2] heeft onderzoek gedaan naar de aansprakelijkheid van de andere voormalige bestuurders van gefailleerde. De eventuele vorderingen jegens die voormalige bestuurders zijn inmiddels verjaard. (...)"

## 1.11

Op 23 mei 2019 heeft het hof het beroep van [verzoekers] afgewezen en de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Voor zover in cassatie relevant, heeft het hof daartoe als volgt overwogen:

*"Het toetsingscriterium ex artikel 18 Fw*

### 3.9.1.

Artikel 16 en 18 Fw luiden — voor zover van belang — als volgt: (...)

### 3.9.2.

Artikel 18 Fw omvat tekstueel dus niet meer dan het recht op te komen tegen een beschikking bevelende de opheffing het faillissement. Daarmee verwijst het naar artikel 16 Fw en het daarin genoemde criterium. Het hof dient derhalve te toetsen of er een situatie bestaat dat niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Het hof wijst erop dat dit een zeer beperkte toetsing is. [Verzoekers] dienen aannemelijk te maken dat er nog wel baten in dit faillissement aanwezig zijn.

*De toetsing*

### 3.9.3.

Met [verzoekers] en de curator is het hof van oordeel dat bij gebrek aan gedeponeerde jaarstukken over de jaren 2006, 2008 en latere jaren alsmede het aan de curator overleggen van een gebrekkige administratie door de bestuurder van gefailleerde, sprake is van het in artikel 2:248 juncto de artikelen 2:10 en 2:394 BW genoemde bewijsvermoeden. Dit nu door de bestuurders waaronder [belanghebbende] niet voldaan is aan de administratieplicht en publicatieplicht. Het bewijsvermoeden houdt in dat onweerlegbaar wordt vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk[e] taakvervulling door het bestuur en dat deze onbehoorlijke taakvervulling, zij het wel weerlegbaar, een belangrijke oorzaak is van het

faillissement.

#### 3.9.4.

Anders dan in ieder geval de voormalig curator [betrokkene 2] in zijn brief van 15 augustus 2016 aan de rechter-commissaris (zie productie 4 bij het verweerschrift van gefailleerde) aangeeft ('Ik heb geen aanwijzing dat een (belangrijke) oorzaak van het faillissement haar grondslag heeft in het niet voldoen aan de administratieplicht'), dienen de bestuurders van gefailleerde — teneinde genoemd weerlegbaar bewijsvermoeden te weerleggen — een belangrijke andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Men dient dus aannemelijk te maken dat niet het (vaststaande) onbehoorlijk bestuur maar een andere oorzaak tot het faillissement heeft geleid, waarbij tevens op het punt van ter zake optreden of niet optreden in voorkomend geval — als aan te voeren door de curator — aannemelijk moet worden gemaakt dat de bestuurders daarvan geen verwijt te maken valt. Het enkele noemen van een andere oorzaak door de bestuurders is volstrekt onvoldoende om als weerlegging in dit kader te gelden. Kennelijk (zie ook hierna) heeft de rechtercommissaris dit punt laten passeren.

#### 3.9.5.

Bij gebrek aan de gegevens in deze zaak — met name de wel overgelegde financiële administratie en interne rapportages van de curator aan de rechter-commissaris — kan het hof zelf moeilijk toetsen of een andere oorzaak van het faillissement in plaats van financieel wanbeleid inderdaad aanwezig is, althans in voldoende mate aannemelijk is gemaakt. De door [verzoekers] overgelegde informatie — in het bijzonder de stukken afkomstig van de Rabobank alsook de laatste jaarrekening — wijst echter in de richting van mogelijk financieel wanbeheer door de bestuurders vóór en tijdens de economische crisis en daarmee op bestuurdersaansprakelijkheid. De stelling dat slechts uitsluitend en beslissend de economische crisis aansprakelijk is voor het faillissement acht het hof niet zonder meer aannemelijk. De stellingname van [belanghebbende] jegens de (voormalige) curator [betrokkene 2] dat het niet meer mogelijk was om jaarrekeningen op te stellen wegens de bankencrisis en de zuivelcrisis (zie productie 4 bij het verweerschrift van gefailleerde) komt het hof evenmin aannemelijk voor, zij het dat in dergelijke jaarstukken wel met de ontstane problemen rekening gehouden zou zijn. Ook acht het hof — gelet op hetgeen door [verzoekers] is overgelegd — niet bij voorbaat onaannemelijk dat er mogelijk bij [belanghebbende] nog iets te verhalen valt.

Dit betekent dat de afgelopen jaren — toen er nog wel geld in de boedel zat — er mogelijk ten onrechte geen uitgebreider althans gericht onderzoek door de (voormalige) curator dan wel de huidige curator heeft plaatsgevonden naar eventuele malversaties van de bestuurders van gefailleerde en onderzoek naar mogelijke baten bij die bestuurders in privé. Daarmee is ook veel tijd verloren gegaan en inmiddels — aldus begrijpt het hof de huidige curator — zijn ook mogelijke vorderingen (tegen mede-bestuurders) verjaard.

#### 3.9.6.

De vraag is echter in hoeverre dit thans, bij de huidige stand van zaken, zou kunnen leiden tot het uitwinnen van mogelijk aanwezige baten voor de boedel. Voldoende duidelijkheid op het punt van mogelijk concreet verhaal is ook tijdens de mondelinge behandeling niet gebleken. [Verzoekers] hebben voorts niet op voorhand overeenstemming bereikt met de curator over een mogelijk plan van aanpak. Het voorstel om een eigen onderzoekscommissie op te zetten buiten de curator om vindt geen steun bij diezelfde curator. De curator heeft ook ter zitting aangegeven niet bereid te zijn inzage te geven in de bij hem aanwezige stukken. Ook in het doen van een beroep op de garantieregeling van het ministerie ziet de curator weinig heil. [Verzoekers] kunnen dus niet op instemming rekenen van de curator met hun huidige voorstel. Het hof kan — binnen het beperkte toetsingskader dat artikel 18 Fw zoals hierboven omschreven biedt — de curator ook niet dwingen om in te stemmen met het voorstel; evenmin kan het hof de curator dwingen om een garantieregeling bij het ministerie aan te vragen.

#### 3.9.7.

[Verzoekers] hebben ook niet op voorhand, dat wil zeggen vóór de beslissing waarvan beroep, bij de rechter-commissaris aangedrongen een ander aan te stellen tot curator of de rechtbank verzocht een voorlopige commissie uit de schuldeisers als bedoeld in artikel 74 lid 1 FW-oud, dan wel sinds 1 januari 2019 een voorlopige schuldeiserscommissie ex artikel 74 lid 1 Fw te vormen. Weliswaar is namens [verzoekers] ter zitting in hoger beroep desgevraagd aangegeven dat men alsnog bereid is om de rechtbank te verzoeken de curator te vervangen. Maar dit neemt niet weg dat het hof thans een beslissing moet nemen bij de huidige stand van zaken en met inachtneming van de — op zich niet onbegrijpelijke — weigering van de curator om in te stemmen met de door [verzoekers] voorgestelde constructie, waarbij de curator niet zelf meer het voortouw neemt maar de crediteuren althans hun advocaten. Het mogelijk in de toekomst gaan verzoeken om de aanstelling van een andere curator is daarmee een 'gepasseerd station'.

#### 3.9.8.

Voorts is er bij [verzoekers] ook geen bereidheid gebleken om gelden te storten in de lege boedel om de reeds gemaakte onbetaalde boedelkosten te bestrijden en tevens de curator nader onderzoek te laten verrichten. De schuldeisers wensen

hooguit gelden te storten voor toekomstige noodzakelijk door de curator te nemen stappen binnen de door hen voorgestane constructie. Van de curator kan bij een — inmiddels — lege boedel ook niet worden verwacht dat hij uitgebreid onderzoek zal gaan doen naar mogelijke baten zonder enige zekerheid dat er uiteindelijk iets kan worden uitgewonnen. Weliswaar zijn er enigszins aanwijzingen te vinden in hetgeen [verzoekers] hebben overgelegd dat [belanghebbende] mogelijk activa heeft in Amerika en/of Brazilië, maar het kunnen uitwinnen van mogelijke, zich in het buitenland bevindende baten is daarmee verre van zeker.

### 3.9.9.

Bij de huidige stand van zaken — een lege boedel en reeds meer dan € 20.000 aan niet betaalde kosten van de curator — en gelet op de patstelling tussen [verzoekers] en de curator, kan het hof niet anders dan de beslissing tot opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten ter bestrijding van reeds gemaakte en mogelijk nog te maken faillissementskosten, bekrachtigen. Het hof zal aldus beslissen.”

### 1.12

[Verzoekers] hebben tijdig cassatie ingesteld tegen de bestreden beschikking. De curator heeft een verweerschrift ingediend. [Belanghebbende], aan wie als belanghebbende afschrift van het cassatieverzoekschrift is gestuurd, is niet verschenen.<sup>181</sup>

## 2. Inleidende beschouwingen

### 2.1

Voordat ik het cassatieberoep bespreek, besteed ik aandacht aan de taak van de curator, onder meer in verband met de “lege boedel problematiek”, de maatstaf voor opheffing van een faillissement bij gebrek aan baten en het beroep tegen een dergelijke opheffing.

### 2.2

In het algemeen wordt als hoofddoel van het faillissement beschouwd het verdelen door de curator van het vermogen van de schuldenaar onder diens gezamenlijke schuldeisers.<sup>191</sup> Daartoe is de curator in art. 68 lid 1 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Als doel van het faillissement wordt daarnaast gezien dat de curator onderzoek doet naar de stand van de boedel, hoe het tot een faillissement heeft kunnen komen en (dus) ook naar eventuele bestuurdersaansprakelijkheid (het oorzakenonderzoek).<sup>192</sup>

### 2.3

Tot inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator<sup>111</sup> op 1 juli 2017 was het oorzakenonderzoek niet uitdrukkelijk in de wet geregeld. Desondanks werd in de praktijk het uitvoeren van een oorzakenonderzoek wel tot één van de taken van de curator gerekend.<sup>121</sup> Met de invoering van de Wet versterking positie curator bepaalt art. 68 lid 2 onder a Fw dat de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel beziet of sprake is geweest van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel hebben bemoeilijkt of het tekort in het faillissement hebben vergroot.

### 2.4

Dat het oorzakenonderzoek ook vóór de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator tot de taken van de curator behoorde, volgt (ook) uit de memorie van toelichting bij die wet:<sup>131</sup>

“Dit wetsvoorstel tast de kerntaak van de curator niet aan; de curator is en blijft vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Daartoe geeft onze wetgeving hem nu al de nodige instrumenten om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren. Ter illustratie zij gewezen op (...) acties wegens onbehoorlijk bestuur (artt. 9, 138 en 248 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)), (...). Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.”

### 2.5

Op deze fraudesignalerende rol van de curator en diens onderzoeksplicht naar faillissementsoorzaken wordt mogelijk nader licht geworpen door het arrest *Dantumadeel*.<sup>141</sup> Die zaak staat weliswaar in de sleutel van misbruik van bevoegdheid van faillissementsaanvragers, maar uit rov. 3.4 volgt dat de curator wordt verondersteld een onderzoek te doen naar het vermogen van de schuldenaar dat voldoende grondig moet zijn:

### “3.4

Zoals het onderdeel terecht betoogt, gaat de Faillissementswet — behoudens in het zich hier niet voordoende geval dat aan het verzoek tot faillietverklaring een opheffing van het faillissement van de schuldenaar is voorafgegaan — ervan uit dat het de curator is die een onderzoek instelt naar de aanwezigheid van een vermogen van de schuldenaar of naar de verwachting dat binnen afzienbare tijd zulk een vermogen aanwezig zal zijn. In beginsel zal het eerst na kennisneming van de uitkomsten van dit onderzoek, dat dient te geschieden met een grondigheid waarvoor de snelle en summiere behandeling van een verzoek tot faillietverklaring doorgaans niet de gelegenheid biedt, aan de rechter vrijstaan een zodanig verzoek af te wijzen op de grond dat de verzoeker, nu voor hem geen enkel positief gevolg te verwachten is van een faillissement van de schuldenaar, misbruik maakt van zijn bevoegdheid dit faillissement aan te vragen. Het Hof heeft dit miskend. Het is immers reeds op grond van een verslag dat onmiskenbaar nog slechts op een eerste onderzoek van de curator berustte tot het door het onderdeel bestreden oordeel gekomen.”

## 2.6

Ook de Insolad Praktijkregels voor Curatoren 2019 gaan ervan uit dat goed curatorschap meebrengt dat wordt nagegaan of er sprake zou kunnen zijn van bestuurdersaansprakelijkheid:<sup>[15]</sup>

### “5.1:

De curator onderzoekt of er aanleiding bestaat vorderingen in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere bij het faillissement betrokken (rechts)personen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders, accountants en kredietverschaffers.

#### *Toelichting*

Goed curatorschap brengt mee dat de curator steeds nagaat of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde rechtspersoon of tegen derden. Daarbij gaat het niet alleen om vorderingen op grond van de misbruikwetgeving maar ook om vorderingen als die op grond van het niet behoorlijk vervullen van de bestuurs- en/of commissarissentaak en vorderingen op grond van onrechtmatige daad. De curator gaat ook na of er sprake is geweest van fraude of andere strafbare feiten.

De wijze waarop de curator dit onderzoek uitvoert kan verschillen. In kleine faillissementen met een overzichtelijke hoeveelheid feiten zal hij het onderzoek doorgaans zelf uitvoeren. In grotere faillissementen of faillissementen met een gecompliceerde feitenstructuur kan het nodig zijn externe deskundigen, zoals (forensische) accountants, in te schakelen.”

## 2.7

De vraag is hoe met het oorzakenonderzoek moet worden omgegaan als sprake is van een (vrijwel) lege boedel. Uitgangspunt is immers dat een faillissement alleen zin heeft ingeval de schuldenaar beschikt over vermogen dat onder de schuldeisers kan worden verdeeld. Is dat niet het geval, dan zal meestal een opheffing bij gebrek aan baten voor de hand liggen. A-G Timmerman bespreekt in zijn al aangehaalde conclusie voor het arrest *Hoeksma/Trade* uitvoerig deze lege boedel problematiek (in 3.2-3.5), waarvoor in Nederland, anders dan in de landen om ons heen, geen bevredigende oplossing voorhanden is.

## 2.8

In de consultatiefase van het Wetsvoorstel versterking positie curator heeft Insolad erop gewezen dat staande praktijk is dat de curator het oorzakenonderzoek beperkt houdt als er geen verhaalsmogelijkheden lijken te zijn. Insolad heeft het ministerie verzocht in de memorie van toelichting duidelijk te laten blijken dat in zo'n geval het oorzakenonderzoek beperkt kan blijven tot een “prima facie” onderzoek.<sup>[16]</sup> Aan dit verzoek heeft de regering vervolgens ook gevolg gegeven blijkens de volgende passage uit de memorie van toelichting:<sup>[17]</sup>

“Het oorzakenonderzoek kan met de voorgestelde regeling beperkt blijven tot een ‘prima facie’ onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.”

## 2.9

Oppedijk-Van Veen en Leferink betogen dat ook onder het “nieuwe” recht de realiteit nog steeds is dat de intensiteit waarmee het oorzakenonderzoek wordt uitgevoerd, feitelijk wordt bepaald door de omvang van de boedel. Dat lijkt het gezond verstand ook een beetje te dicteren.

## 2.10

Is er echter een vermoeden van bestuurdersaansprakelijkheid en verhaal, dan bestaat juist wél de verwachting dat boedelactief kan worden gerealiseerd.<sup>[19]</sup> Mij lijkt dat dit niet in absolute zin geldt, maar dat ook dan moet worden gezien wat hier redelijkerwijs van te verwachten valt. Daar zal ook de mate van het van de curator te vergen onderzoek van afhangen en hier heeft de curator vanzelfsprekend een ruime beoordelingsmarge, die naar mij voorkomt ook geldt voor de rechter die in het kader van art. 18 Fw zo men wil min of meer marginaal dient te toetsen of de curator zich hier voldoende van zijn taak

heeft gekweten.

## 2.11

Daarbij is van belang dat lid 10 van art. 2:138 en 2:248 BW<sup>[20]</sup> bepalen dat indien de boedel ontoereikend is, de curator de minister kan verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Gedoeld wordt op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 (hierna de garantstellingsregeling).<sup>[21]</sup> Ook daarbij wordt overigens begrijpelijkerwijs een inschattingstoets verricht. Lid 1 van art. 2 van de garantstellingsregeling luidt als volgt:

“Een curator kan de minister verzoeken tot het verstrekken van een voorschot als bedoeld in artikel 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet *dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.*” (Cursivering A-G)

## 2.12

De Garantstellingsregeling ziet dus uitdrukkelijk ook op kosten die verband houden met een (aansprakelijkheids)vooronderzoek of verhaalsonderzoek. Zie daarvoor ook de toelichting op art. 2 van de Garantstellingsregeling:<sup>[22]</sup>

“Artikel 2

(...)

Onder de GSR 2012 is de garantstelling tevens van toepassing op bepaalde door de curator vóór indiening van het verzoek gemaakte kosten, namelijk de kosten die verband houden met het opstellen van het verzoek en met het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.”

## 2.13

Uit de toelichting op art. 6 volgt dat garantstelling alleen wordt verstrekt als aan een dubbele proportionaliteitstoets is voldaan: vooraf moet redelijkerwijs kunnen worden ingeschat dat sprake zal zijn van proportionaliteit tussen te maken (onderzoeks)kosten en de te verwachten opbrengst en er moet sprake zijn van een redelijke verhouding tussen de garantstellingshoogte en de hoogte van de schulden:<sup>[23]</sup>

“Artikel 6

De garantstellingsregeling is van toepassing op faillissementen waar sprake is van een ontoereikende boedel met het oog op de door de curator voorgenomen vorderingen. Niet alle door de curator voorgenomen vorderingen, als bedoeld in artikel 2, eerste lid, leiden tot verstrekking van een garantstelling. Concreet houdt dit in dat de garantstelling enkel van toepassing is op vorderingen waarvan *vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de kosten die gemoeid zijn met het instellen van de vordering in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst.* Daarnaast houdt deze voorwaarde in dat *er een redelijke verhouding moet zijn tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden.*” (Cursivering A-G)

## 2.14

De toelichting op art. 7 wijdt nader uit over de verschillende kosten die door de Garantstelling worden bestreken en vormt een concretisering van de oorzakenonderzoekskosten die daar onder kunnen vallen:

“Artikel 7

Het vast te stellen bedrag van de garantstelling heeft betrekking op de kosten die de curator maakt in het kader van de in artikel 2, eerste lid, van deze regeling genoemde vorderingen. Hierbij kan worden gedacht aan de volgende kosten. Allereerst betreft het de kosten die gemaakt worden met het indienen van het verzoek om een garantstelling. (...). In de tweede plaats behelst het de reeds gemaakte kosten ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek of een vooronderzoek. Als voorwaarde geldt wel dat de curator deze kosten voldoende dient te onderbouwen en te verantwoorden. Hierbij is van belang dat door de curator voldoende inzicht wordt gegeven in de noodzakelijkheid van deze kosten, ook in relatie tot het tijdstip waarop deze zijn gemaakt, en de hoogte daarvan.

Daarnaast betreft het de kosten die gemoeid zijn met het verrichten van een verhaalsonderzoek. Daaronder vallen bijvoorbeeld de uren die de curator aan dit onderzoek besteed, kosten voor het raadplegen van de Kamer van Koophandel en het Kadaster of het laten opmaken van een taxatierapport onroerend goed. Wanneer de curator zijn verzoek om vergoeding van deze kosten niet onderbouwt, wordt door de minister bij het vaststellen van het bedrag voor het verrichten van een verhaalsonderzoek als richtlijn gehanteerd een bedrag van € 1.300,- per te onderzoeken (rechts)persoon opgericht naar Nederlands recht.

Ook de kosten voor het doen van een vooronderzoek vallen onder de garantstellingsregeling. Hier moet, naast het salaris van de curator en verschotten, worden gedacht aan kosten gemoeid met de inschakeling van een expert, veelal een accountant.

Ook kosten voor een te voeren procedure vallen onder de garantstellingsregeling. (...).”

## 2.15

In het verweerschrift in cassatie van de curator wordt in 4.28 (laatste bulletpoint) de suggestie gewekt dat het onder de garantstellingsregeling gefinancierde verhaalsonderzoek beperkt is tot de kosten voor de uren van de curator, het raadplegen van de KvK en het Kadaster of het laten opmaken van een taxatierapport ten aanzien van onroerend goed. Hantering van “bijvoorbeeld” in de geciteerde toelichting wijst er evenwel op dat dit geen limitatieve opsomming is. Ook de website van de Dienst Justis (het onderdeel van het ministerie dat op garantstellingsverzoeken beslist) wijst in andere richting dan de curator aangeeft. Onder de “Veelgestelde vragen Garantstellingsregeling curatoren” staat hier dit over:<sup>[24]</sup>

*“Kan een garantie worden aangevraagd voor het laten instellen van een verhaalsonderzoek in het buitenland?”*

Ja, dat kan. Per te onderzoeken (rechts-)persoon wordt als richtlijn een bedrag van € 1.300 gehanteerd. Dit staat in de Toelichting op de garantstellingsregeling. Bij verhaalsonderzoek in het buitenland kunnen de kosten hoger liggen. Indien mogelijk dient de aanvraag voor het in te stellen verhaalsonderzoek te worden onderbouwd met een offerte.”

## 2.16

Waar echter geen actief aanwezig of te realiseren is (al dan niet door het instellen van een vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid), of dit actief in geen geval toereikend is om de faillissementskosten en boedelschulden te dragen,<sup>[25]</sup> biedt art. 16 Fw de mogelijkheid van ofwel een kosteloze behandeling van het faillissement (inhoudende dat — slechts — de griffiekosten worden vrijgesteld, art. 17 Fw), ofwel een opheffing bij gebrek aan baten.

## 2.17

In de memorie van toelichting bij art. 16-18 Fw lezen wij hierover dit:<sup>[26]</sup>

“Naast die kosteloze behandeling behoort bovendien de mogelijkheid geopend te worden om tot algeheele opheffing daarvan te komen. Waar niet alleen geen kontanten voorhanden zijn, maar zelfs in het geheel geen, zij het dan ook eerst in verloop van tijd te realiseren actief aanwezig is, en ook waar het actief in geen geval toereikend zal zijn om de kosten te dragen, heeft kosteloze behandeling van het faillissement geen zin meer, maar moet het faillissement opgeheven kunnen worden.”

## 2.18

Opheffing wegens de toestand van de boedel is de meest voorkomende vorm van beëindiging van een faillissement.<sup>[27]</sup>

## 2.19

Tegen de opheffing van het faillissement kunnen de schuldenaar en de schuldeisers ingevolge art. 18 Fw beroep instellen.

## 2.20

Art. 18 Fw bepaalt verder dat indien binnen drie jaar na de opheffing van het faillissement opnieuw aangifte of aanvraag tot faillissement wordt gedaan, de schuldenaar of de aanvrager moet aantonen dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden.<sup>[28]</sup> De ratio hiervan is dat men anders het risico loopt dat opnieuw een faillissement wordt uitgesproken dat bij gebrek aan baten zal moeten worden opgeheven.<sup>[29]</sup>

## 2.21

In de literatuur over art. 16-18 Fw is geen duidelijk houvast te onderkennen voor de door de rechter te hanteren maatstaf bij de toets voor opheffing bij gebrek aan baten in een beroep tegen de opheffing van het faillissement ex art. 18 Fw.<sup>[30]</sup> Uit de tekst van beide artikelen en de hiervoor weergegeven ratio van de laatste passage van art. 18 Fw kan worden afgeleid dat in beroep een herbeoordeling plaatsvindt van de opheffing van het faillissement, en dus van de maatstaf die geldt bij de vraag of een faillissement bij gebrek aan baten kon worden opgeheven. Dat is, als gezegd, het geval als is gebleken dat niet voldoende baten aanwezig of te realiseren zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden (art. 16 Fw). Bij de beoordeling hierna in 3.15-3.20 bespreek ik de door verzoekers bepleite analogie met de situaties van heropening van de vereffening ex art. 2:23c BW en met verzet van de curator tegen faillietverklaring ex art. 10 lid 1 Fw.

## 3. Bespreking van het cassatieberoep

### 3.1

Het cassatieberoep bevat één klacht, die is gericht tegen rov. 3.9.1, 3.9.2 en 3.9.6 tot en met 3.9.10 en de hierop voortbouwende rov. 3.10 en het dictum. De klacht is dat het hof de toepasselijke toetsingsmaatstaf heeft miskend, dan wel deze onjuist heeft toegepast en/of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, door te oordelen dat de aanwezigheid van een vordering en/of bate niet onaannemelijk is en vervolgens het beroep af te wijzen op grond van de omstandigheid dat sprake is van (a) een lege boedel en (b) een patstelling tussen [verzoekers] en de curator. Hierbij is volgens de klacht mede van belang dat:

- 1) verwerping van het beroep impliceert dat de aanspraken waarop [verzoekers] het oog hebben daadwerkelijk voor hen verloren gaan, nu een op art. 2:248 BW gestoelde vordering alleen door de curator in faillissement kan worden ingesteld;
- 2) de reële mogelijkheid bestaat om een voorschot te vragen ter dekking van de kosten van het doen van een deugdelijk verhaalsonderzoek, een vooronderzoek en van het uiteindelijk instellen van de vordering ex art. 2:248 BW; en
- 3) de door het hof geconstateerde patstelling kan worden doorbroken doordat de curator bij voortzetting van het faillissement zijn eigen positie heroverweegt, dan wel [verzoekers] een bevel aan de curator uitlokken of op vervanging van de curator aansturen.

### 3.2

Een lijn die het hof in deze zaak zou hebben kunnen volgen — maar als ik het goed zie niet heeft gevolgd — is gelet op het procesverloop deze (m.n. ook gelet op hetgeen ter zitting in hoger beroep aan de orde is gekomen, vgl. daartoe de citaten uit het zittingsp-v hiervoor weergegeven in 1.10). Kerngeschildpunt tussen verzoekers en de curator is of de curator wel voldoende onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden van bestuurdersaansprakelijkheid van [belanghebbende] als (indirect) bestuurder en in het verlengde daarvan of er van een voldoende perspectief en verhaal biedende aansprakelijkheids*case* kan worden gesproken. Het hof zou daar mijns inziens over hebben kunnen oordelen dat dit onderzoek ook is verricht door de curator, waarbij deze terecht tot de constatering is gekomen dat indirect bestuurder [belanghebbende] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een belangrijke andere oorzaak dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur het faillissement heeft veroorzaakt, te weten dalende melk- en koeienprijzen in combinatie met de gevolgen van de banken- en kredietcrisis, van buiten komende bedrijfs- en macro-economische oorzaken zodoende, die op zich niet verwijtbaar zijn. Los daarvan zou het hof kunnen hebben oordelen dat de curator heeft kunnen oordelen dat het verhaalspectief bij een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidszaak tegen [belanghebbende] niet gunstig voorkwam.

### 3.3

Het partijdebat laat immers zien dat de curator, zij het pas na tussenkomst van een art. 69 Fw procedure, twee besprekingen heeft gevoerd met de DGA van [verzoekster 1], [betrokkene 1], en (overigens pas na herhaald aandringen op onderbouwing door de curator) uit handen van deze de beschikking heeft gekregen over 1.297 pagina's stukken die de bestuurdersaansprakelijkheids*case* handen en voeten zouden moeten geven. Deze stukken heeft de curator geanalyseerd en vervolgens heeft hij schriftelijk gemotiveerd aan verzoekers kenbaar gemaakt wat zijn beweegredenen waren om geen bestuurdersaansprakelijkheidszaak te willen beginnen en dat hij ook niets zag in een beroep op de Garantstellingsregeling. Dat heeft hij ook op zitting in de beroepszaak nog eens uitvoerig uit de doeken gedaan (vgl. de citaten uit het zittingsp-v in 1.10 hiervoor). De curator achtte zowel de kans van slagen van zo'n aansprakelijkheidsprocedure, als de reële mogelijkheid van verhaal op [belanghebbende] door uitwinning van activa in (Zuid-)Amerika daarvoor te mager. Hoewel het een lang citaat is, lijkt het me voor de beoordeling dienstig de schriftelijke uiteenzetting van deze beweegredenen door de curator aan verzoekers hier weer te geven (e-mail curator 9 november 2018 aan verzoekers, bijlage 6 verweerschrift curator in de beroepszaak):

"(...) Intussen ben ik in de gelegenheid geweest de stukken te bestuderen en heb ik mijn standpunt bepaald. Hierover informeer ik u als volgt. Ik hecht er daarbij aan te vermelden dat ik mij beperk tot de kern van de zaak, hetgeen strikt genomen ook van belang is om een goede afweging te kunnen maken.

#### *Bestuurdersaansprakelijkheid*

Eigenlijk is iedereen het erover eens dat de aanleiding van het faillissement van [A] zijn oorzaak vindt in de betalingsproblemen van de voormalige Amerikaanse groepsvennootschappen. Vanwege de deconfiture in Amerika kwam ook [A] — als (groot)moeder — in de positie dat zij niet meer aan haar opeisbare verplichtingen kon voldoen en haar vordering(en) op deze groep als oninbaar moest afboeken. De groepsvennootschappen in Amerika zijn in de problemen geraakt door het opzeggen en vervolgens intrekken van de aan hen verleende kredieten door de betrokken banken. De meningen lopen vervolgens uiteen over de vraag waarom de banken daartoe zijn overgegaan.

#### *Onderliggende oorzaak*

U stelt zich — kort samengevat — op het standpunt dat er sprake was van een administratieve wanorde, er naar believen werd geschoven met gelden, geld van derden werd gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor het was verstrekt en de directie niet in control was over de bedrijfsvoering. Dit zou voor de banken de reden zijn geweest om tot intrekking van het krediet over te gaan met alle gevolgen van dien.

[Belanghebbende] stelt zich op het standpunt dat de banken als gevolg van de kredietcrisis en de daarop volgende zuivelcrisis zijn gestopt met het verstrekken van nieuwe financieringen. Hierdoor kwamen lopende projecten stil te liggen en konden afspraken niet worden nagekomen. Daarenboven zouden de banken streng(er) zijn geworden bij het handhaven van de overeengekomen convenanten. Naast alle andere negatieve effecten had de crisis ook in het bijzonder een negatief effect op de waarde van het in zekerheid gegeven onderpand waardoor verzuim onder de overeengekomen convenanten

onvermijdbaar was. De banken in kwestie zouden zelf bovendien belang erbij hebben om de te leen gegeven bedragen zo snel en zo veel als mogelijk te recupereren vanwege de druk op hun eigen cashpositie als gevolg van de economische malheur.

#### *Beoordeling*

Ik heb eerder toegelicht dat niet of niet tijdig deponeren van jaarrekeningen en/of het niet adequaat voeren van een administratie een onweerlegbaar bewijsvermoeden met zich brengt dat het bestuur haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.

Binnen [A] zijn jaarrekeningen niet tijdig gedeponerd en is het zeer de vraag of de administratie voldoet aan de daaraan te stellen minimumeisen.

Vervolgens geldt er tegelijkertijd een weerlegbaar bewijsvermoeden dat dit kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als in rechte komt vast te staan dat het bestuur zich kennelijk onbehoorlijk van haar taak heeft gekweten én deze kennelijk onbehoorlijke taakuitoefening daadwerkelijk een belangrijke oorzaak van het faillissement is, dan is het bestuur — in beginsel — aansprakelijk voor het boedeltekort.

Uit bestendige rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat ter weerlegging van het weerlegbare bewijsvermoeden — en daarmee van de aansprakelijkheid — volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten dan of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (vgl. HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95 en HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007/2).

Ervan uitgaand dat uw stelling dat de administratieve wanorde en wanbeleid tot problemen met de financiering heeft geleid, *valt niet uit te sluiten dat de effecten van de crisis de hiervoor bedoelde andere feiten en omstandigheden zijn waarmee [belanghebbende] zich alsnog kan disculperen. Die lagen immers buiten zijn invloedssfeer en duiden op een bedrijfseconomische (en op zichzelf niet verwijtbare) oorzaak.* Een groot voordeel voor [belanghebbende] daarbij is bovendien dat de crises als zodanig vers bij eenieder in het geheugen liggen en *op zichzelf niet te ontkennen omstandigheden* zijn.

#### *Verhaal*

Een bijkomend maar niet te onderschatten obstakel dat overwonnen moet worden alvorens er met een procedure kan worden gestart, is het potentiële verhaal. *Ik heb namelijk geen enkel zicht op enig verhaalbaar vermogen bij [belanghebbende]. Daarbij komt dat hij in Brazilië verblijft en dit het een en ander nog verder bemoeilijkt.*

Mocht een procedure worden gestart én gewonnen, dan kan dit voor de boedel alsnog een Pyrrusoverwinning zijn zodra het vonnis niet feitelijk ten uitvoer kan worden gelegd. (...)

Volledigheidshalve wijs ik erop dat een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure zich enkel nog jegens [belanghebbende] kan richten. Vorderingen uit andere hoofde (pauliana's etc) of jegens anderen dan hem zijn reeds eerder door [betrokkene 2] beoordeeld, niet opportuun geacht en intussen verjaard.

#### *Conclusie*

Ofschoon ik wel degelijk begrip voor uw standpunt kan opbrengen, *vind ik de basis voor het starten van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te smal. U dient daarbij voor ogen te houden dat in zulk (...) een procedure de lat voor de curator erg hoog ligt.* Daaraan liggen rechtspolitieke overwegingen ten grondslag die ik niet kan beïnvloeden. De procedure kan gewonnen worden, maar *er is vervolgens geen reëel zicht op verhaal van de schade bij [belanghebbende], noch in Nederland noch in Brazilië. Daarmee zou de boedel belast worden met een procedure zonder dat het wat oplevert. Naar mijn verwachting zal de rechter-commissaris geen toestemming geven indien er niet een positief boedelactief valt te verwachten.*

Ik hecht eraan te vermelden dat de boedel niet in staat is om (nog) dieper op onderzoek uit te gaan over bijvoorbeeld de gang van zaken binnen de Amerikaanse tak. Zoals u weet ben ik ermee bekend dat [betrokkene 4] financiële hulp van het Ministerie heeft gekregen om een forensisch accountant aan het werk te zetten. Die luxe heeft de boedel van [A] niet. Nog afgezien van het feit dat de situatie waarin [betrokkene 4] verzeild is geraakt redelijk uitzonderlijk is, *kan ik vanwege het gebrek aan aantoonbare verhaalsmogelijkheden geen aanspraak maken op enige garantstellingsregeling.*

#### *En verder?*

Ik sta in contact met [betrokkene 4] en begrijp dat het onderzoek van de forensisch accountant nog niet is afgerond. Ofschoon ik de uitkomst van dit onderzoek — voor zover ik daar al inzage in kan krijgen — niet van belang acht voor mijn afweging in het faillissement van [A], ben ik er ook niet op uit om dit onderzoek te bemoeilijken door bijvoorbeeld het faillissement van [A] op te heffen terwijl dat om wat voor reden dan ook vanuit de boedel van [D] gezien niet wenselijk is. Afgesproken is dan ook dat [betrokkene 4] mij binnenkort informeert of hij vanuit het perspectief van zijn boedel en het daar in uitvoering zijnde onderzoek, nog enig belang heeft bij het openblijven van het faillissement van [A].

Mocht er geen belang zijn bij het openhouden van het faillissement van [A], *dan ligt het in de rede dat het faillissement op korte termijn wordt voorgedragen voor opheffing.*

(...)” (Cursiveringen A-G)

### **3.4**

In het openbare faillissementsverslag van 29 november 2018 (onderdeel van bijlage 2 bij het verweerschrift van de curator



in de beroepsprocedure) schrijft de curator onder 10.2 hier het volgende over:

“Beide partijen hebben gedurende de achterliggende verslagperiode nadere stukken aan de curator ter beschikking gesteld. [Belanghebbende] tracht daarmee te bewijzen dat er géén sprake is van aansprakelijkheid zijnerzijds, terwijl de financiële adviseur tezamen met een bepaalde groep schuldeisers juist het tegenovergestelde beoogt.

*Overgelegd zijn meer dan 1000 pagina's tekst.* De curator heeft de ter beschikking gestelde documenten, in samenhang met de informatie die hem al voor handen was, geanalyseerd. Op basis van al het vorenstaande heeft de curator de slotconclusie getrokken *dat hem enige aansprakelijkstelling van de directie niet opportuun voorkomt.* Dit standpunt is vervolgens ook met beide kampen gedeeld, waarna niet meer is vernomen. De curator gaat er vanuit dat beide kampen in zijn conclusies berusten.” (Cursiveringen A-G)

### 3.5

Verzoekers zijn hier niet tegen opgekomen met een art. 69 Fw procedure.

### 3.6

Het hof heeft deze mogelijke in 3.2 bedoelde lijn naar mij voorkomt evenwel *niet* gevolgd, maar overwogen, kort samengevat, dat

- de jaarstukken over 2006, 2008 en latere jaren niet zijn gedeponneerd, aan de curator een gebrekkige administratie is overgelegd en sprake is van het in art. 2:248 jo. 2:10 jo. 2:394 BW genoemde bewijsvermoeden (rov. 3.9.3 van de bestreden beschikking)
- de bestuurders van gefailleerde in dat geval aannemelijk moeten maken dat niet het onbehoorlijk bestuur maar een andere oorzaak tot het faillissement heeft geleid en dat de bestuurders daarvan geen verwijt te maken valt (rov. 3.9.4),
- het enkele noemen van een andere oorzaak door de bestuurders volstrekt onvoldoende is om als weerlegging in dit kader aan te merken (rov. 3.9.4),
- [ondanks de verzoeken ex art. 69 Fw van [verzoekers], mijn toevoeging, vgl. 1.6 en 1.7 hiervoor, A-G], de rechter-commissaris dit punt heeft laten passeren (rov. 3.9.4),
- (ook) de door [verzoekers] overgelegde informatie in de richting wijst van mogelijk wanbeheer door de bestuurders voor en tijdens de economische crisis en daarmee op bestuurdersaansprakelijkheid (rov. 3.9.5),
- niet bij voorbaat onaannemelijk is dat er mogelijk bij [belanghebbende] nog iets te verhalen valt (rov. 3.9.5).

### 3.7

Dit alles betekent volgens het hof dat er de afgelopen jaren — toen er nog geld in de boedel zat — mogelijk ten onrechte geen uitgebreider of gericht onderzoek door de curator is gedaan naar eventuele malversaties en mogelijke baten (rov. 3.9.5).

### 3.8

Vervolgens is dan de verwachting gerechtvaardigd dat het hof in het kader van deze art. 18 Fw procedure zou beslissen dat sprake is van een potentiële bate in de vorm van een zicht op verhaal biedende aansprakelijkheidsprocedure tegen voormalig (indirect) bestuurder [belanghebbende], zodat het faillissement nog niet kan worden opgeheven wegens de toestand van de boedel.

### 3.9

Maar het hof volgt daarop juist *een andere lijn* in rov. 3.9.6- 3.9.8, nadat het overigens in rov. 3.9.2 eerst voorop stelt dat het bij de nu voorliggende toetsing of er een situatie bestaat dat niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden, gaat om “een zeer beperkte toetsing”, zonder dat nader uiteen te zetten.<sup>131</sup>

In rov. 3.9.6 begint het hof namelijk met de constatering dat “voldoende duidelijkheid op het punt van mogelijk concreet verhaal (...) ook tijdens de mondelinge behandeling niet (is) gebleken”. Nu [verzoekers] geen overeenstemming hebben bereikt met de curator over het voorstel een eigen onderzoekscommissie op te zetten en de curator een beroep op de Garantstellingsregeling niet ziet zitten, kan het hof de curator niet dwingen tot instemming met dat voorstel of het doen van een beroep op die Garantstellingsregeling, zo vervolgt het hof in rov. 3.9.6.

Dan volgt een niet helemaal navolgbare rov. 3.9.7 over wat [verzoekers] niet hebben gedaan en wel hadden kunnen doen in dit verband (aandringen op vervanging van de curator, verzoeken tot instelling van een voorlopige schuldeiserscommissie). Daarna wordt in rov. 3.9.8 afgehecht met de constatering dat [verzoekers] niet bereid zijn een boedelbijdrage te leveren voor de onbetaalde boedelkosten en dat van de curator bij een inmiddels lege boedel niet kan worden verwacht “dat hij uitgebreid onderzoek zal gaan doen naar mogelijke baten zonder enige zekerheid dat er uiteindelijk iets kan worden uitgewonnen.” Dat laatste motiveert het hof dan nog in rov. 3.9.8 als volgt: “Weliswaar zijn er enigszins aanwijzingen te vinden in hetgeen [verzoekers] hebben overgelegd dat [belanghebbende] mogelijk activa heeft in Amerika en/of Brazilië,

maar het kunnen uitwinnen van mogelijke, zich in het buitenland bevindende baten is daarmee verre van zeker.”. Gelet op de nu lege boedel en de patstelling over de te volgen koers tussen de curator en verzoekers rest er volgens het hof in rov. 3.9.9 bij die stand van zaken binnen het beperkte toetsingskader van art. 18 Fw niets anders dan de opheffing bij gebrek aan baten in stand te laten.

### 3.10

Deze in 3.9 geschetste tournure wekt verbazing, na de in 3.6 en 3.7 beschreven aanloop door het hof tot en met rov. 3.9.5. Nu het hof naar mij lijkt niet de hiervoor in 3.2-3.4 geschetste lijn heeft gevolgd en begint met een overweging dat het weerlegbare bewijsvermoeden in zijn ogen juist *niet* is ontzenuwd en er ook *niet* bij voorbaat al sprake is van onaannemelijkheid van verhaal, komt er vervolgens een draai dat “ook” ter zitting niet is gebleken van voldoende concreet verhaalsperspectief (wat haaks lijkt te staan op de besproken passage uit rov. 3.9.5 dat het hof “niet bij voorbaat onaannemelijk (acht) dat er mogelijk bij [belanghebbende] nog iets te verhalen valt”) en dat vanwege de lege boedel en een patstelling tussen de curator en een aantal belangrijke schuldeisers niets anders rest dan opheffing wegens de toestand van de boedel. Waarbij bovendien in rov. 3.9.9 over de verhaalsperspectieven nog wordt opgemerkt dat daarvoor wel aanwijzingen zijn, maar dat die “verre van zeker” zijn.

### 3.11

De vraag is of dat zo kan. Ik denk het niet. Er past de nodige aarzeling of de (vorige) curator geen nader onderzoek had behoren te (laten) doen naar de mogelijkheden van het instellen van een vordering ex art. 2:248 BW en naar de mogelijkheden van verhaal. Die aarzeling klinkt ook duidelijk door in het aanvankelijke hofoordeel tot en met rov. 3.9.5. Kennelijk wordt over die verhaalsmogelijkheid in concreto op het toetsingsmoment door het hof (mede gelet op het besprokene ter zitting in de beroepszaak, vgl. de citaten uit het zittingsp-v hiervoor in 1.10) dan toch zoveel twijfel gezaaid, dat het hof verhaal in rov. 3.9.6 — anders dan in rov. 3.9.5 bij voorbaat nog *wel* — inmiddels *niet* (meer) reëel acht (met nog een toegift daarover in rov. 3.9.9), of wordt een caesuur gelegd tussen een eerdere fase van het faillissement toen de boedel nog niet leeg was en de huidige situatie.

### 3.12

Ik acht dat weinig begrijpelijk. Het lijkt innerlijk tegenstrijdig. De vraag is immers of er sprake is van terechte opheffing bij gebrek aan baten en als er een reële verwachting bestaat dat actief te realiseren valt voor de boedel en de daartoe potentieel aangesprokene mogelijk verhaal biedt, dan behoort dat met een *voldoende grondigheid* te worden onderzocht door de curator, zo hebben we onder ogen gezien in de inleidende beschouwingen. Kennelijk heeft het hof dit (als hiervoor uiteengezet: ook door de curator *verrichte* oorzakenonderzoek (voorshands?) niet toereikend geoordeeld, getuige de overwegingen tot en met rov. 3.9.5. — als besproken in 3.2-3.4 had het hof dat volgens mij ook best anders kunnen beoordelen (t.w.: wel toereikend onderzoek met dito gemotiveerde afwijzing van aansprakelijkheidstournures, mede gelet op het minstgenomen ingewikkelde verhaalsperspectief), maar heeft het dat volgens mij niet voldoende eenduidig en kenbaar gedaan. Omdat er dan nu sprake is van een lege boedel en een patstelling (waarover verzoekers bij cassatierekest 3.18 terecht opmerken dat onduidelijk is wat dat precies inhoudt) en de verhaalsperspectieven toch minder rooskleurig lijken (of zelfs “verre van zeker” zijn) naar ’s hofs oordeel, is dat vorenoverwogene kennelijk daarom nu niet meer van belang? Dat spreekt niet meteen aan. Dat er sprake is van een lege boedel, is met het oog op een mogelijke bate in de vorm van een reële kans op verhaal biedende bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure en het bestaan van de Garantstellingsregeling geen sterke motivering. Dat [belanghebbende] en zijn eventuele activa waarop verhaal kan worden genomen zich in het (verre) buitenland bevinden is wel een bepaald complicerende factor, maar dat op zichzelf maakt niet dat (nader) aansprakelijkheids- en verhaalsonderzoek om die enkele reden achterwege zal moeten blijven, nu zoals we hebben gezien de Garantstellingsregeling ook de mogelijkheid van dergelijk onderzoek in het buitenland biedt, ook al worden aan toekenning van een dergelijke garantstelling wel stevige proportionaliteitsvoorwaarden gesteld.

### 3.13

Naast een begrijpelijkheidsgebrek is mogelijk dat het hof hier een te beperkte opvatting over art. 16 en 18 Fw uitdraagt: omdat er nu eenmaal niks meer in de boedel zit en de vraag voorligt of zich voordoet het geval dat er onvoldoende baten zijn voor voldoening van de faillissementskosten en andere boedelschulden, zodat moet worden opgeheven bij gebrek aan baten, rest niets anders dan opheffing. Indien die gedachte zou hebben voorgezet, dan lijkt mij dat te kort door de bocht. Het gaat er immers juist om in het kader van die toets na te gaan of er een potentiële latente bate ligt voor de boedel met reëel perspectief op verhaal in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim jegens [belanghebbende], die naar de stelling van [verzoekers] agri-ondernemingsbelangen (activa) heeft in de V.S. en Brazilië (wat de curator bestrijdt, maar zonder onderbouwing met onderliggende stukken, zo volgt uit het zittingsp-v, hiervoor weergegeven in 1.10). Anders gezegd: de tegenstelling die het hof lijkt te zien in een wel mogelijk perspectief geboden hebbende situatie tot bestuurdersaansprakelijkheidsstelling van [belanghebbende] met verhaal op hem toen de boedel nog niet leeg was en nu, waartoe de procedure van art. 18 Fw zou dwingen, lijkt mij rechtens niet kloppen.

### 3.14

Uit een en ander volgt volgens mij dat de klachten slagen.

### 3.15

Daarbij is relevant onder ogen te zien dat in lagere rechtspraak<sup>[32]</sup> al een parallel is getrokken met de rechtspraak van Uw Raad<sup>[33]</sup> waarin voor heropening van vereffening ex art. 2:23c BW terughoudend behoort te worden getoetst of sprake is van een voldoende bate.<sup>[34]</sup> Indien die lijn kan worden doorgetrokken in een art. 18 procedure, zoals hof Arnhem-Leeuwarden al heeft gedaan en verzoekers nu bepleiten, dan had de al aanvankelijk doorgeklonken aarzeling van het hof hier mogelijk behoren te leiden tot afwijzing van de opheffing wegens de toestand van de boedel.

### 3.16

De curator betoogt dat er duidelijke verschillen zijn tussen de in onze zaak voorliggende toets uit art. 18 Fw en de (ratio<sup>[35]</sup> voor) de lagere drempel bij heropening van de vereffening.<sup>[36]</sup> Hij betoogt dat heropening van de vereffening een compleet andere situatie is dan opheffing van een faillissement bij gebrek aan baten. Dat verschil zit in het stadium waarin het onderzoek plaatsvindt naar baten en verhaal. Bij heropening heeft een schuldeiser vaak maar een beperkt beeld daarover en kan van hem niet verwacht worden dat te zeer te moeten concretiseren, omdat daar nu juist vereffening of faillissement voor nodig is. Daartegenover staat volgens de curator de situatie van opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, waarin al een faillissementssituatie heeft bestaan en onderzoek is gedaan naar baten en verhaal en aan schuldeisersrechten al zo veel mogelijk recht is gedaan. Tijdens faillissement kan een schuldeiser bovendien, zo betoogt de curator, art. 69 Fw in stelling brengen teneinde de curator in diens beheer en vereffening van de boedel te laten bijsturen, indien een schuldeiser meent dat daar termen voor zijn. Maar is de curator al dan niet na desverzochte interventie van de rechter-commissaris na professioneel onderzoek tot de bevinding gekomen dat er geen reëel (potentieel) actief voorhanden is of zal komen met dito zicht op verhaal om de faillissementssituatie te laten voortduren, dan mogen concrete onderbouwingseisen gesteld worden aan de schuldeiser die opkomt tegen opheffing wegens gebrek aan baten. Ik denk dat het door de curator bepleite onderscheid met vereffening inderdaad gemaakt kan worden, zodat ik in beginsel geen doortrekking van de van de rechter te vergen terughoudendheid bij heropening van de vereffening zou willen aannemen voor de rechter die ex art. 18 Fw moet toetsen of terecht is opgeheven wegens gebrek aan baten. Ook al realiseer ik mij dat een heropeningssituatie zich kan voordoen na opheffing van een faillissement bij gebrek aan baten, lijkt mij dat niettemin een te onderscheiden situatie van die bij een art. 18 Fw procedure, maar dat is nog niet expliciet door Uw Raad uitgemaakt.

### 3.17

In de tweede plaats bepleiten verzoekers dat een parallel te trekken valt met wat rechtens geldt bij verzet van de curator tegen faillietverklaring ex art. 10 lid 1 Fw. Daar geldt een korte verzetstermijn van 8 dagen, hetgeen dit al meteen tot een wat scheve vergelijking lijkt te maken. Beroep wordt gedaan op het arrest *Hoeksma q.q./Trade*,<sup>[37]</sup> waarin Uw Raad in rov. 4.7.2 op het voetspoor van A-G Timmerman overwoog dat de rechter overtuigd moet zijn van de juistheid van de stellingen van de curator over de staat van de boedel en dat dat pas kan nadat met de nodige grondigheid onderzoek is gedaan door de curator naar de aanwezigheid van vermogen van de schuldenaar<sup>[38]</sup> en dat bij de behandeling van het verzet de uitkomst van dat onderzoek beschikbaar moet zijn. Verzoekers bepleiten (cassatierekest 3.11) dat zolang geen onderzoek is verricht naar de aanwezigheid van eventuele baten, het faillissement niet wegens de toestand van de boedel kan worden beëindigd “niet bij wege van opheffing ex art. 16 Fw noch door verzet tegen de faillietverklaring.”

### 3.18

Deze parallel is volgens de curator (verweerschrift in cassatie 4.20-4.26) een paar stappen te ver. In *Hoeksma qq/Trade* is uitgemaakt dat wanneer een rechtspersoon op eigen aangifte failliet is verklaard de curator *pro se* als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw is te beschouwen en zodoende verzet kan doen tegen de faillietverklaring als hij constateert dat de boedel vrijwel geen baten bevat en op het verkrijgen daarvan ook geen reëel zicht bestaat (rov. 4.5). We zagen dat volgens rov. 4.7.2 de rechter zich in zo'n geval dient te overtuigen van de juistheid van de visie van de curator op de ontoereikende staat van de boedel, hetgeen volgens dit arrest impliceert dat de curator daar voldoende grondig onderzoek naar heeft gedaan. In een dergelijke verzetssituatie binnen 8 dagen komt allicht de vraag op of de curator wel voldoende grondig onderzoek heeft kunnen doen naar de toestand van de boedel, zodat niet verbaast dat het arrest daar de nadruk op legt. Maar zo'n geval kan volgens de curator niet worden vergeleken met een situatie in onze zaak, waarin het faillissement na ruim 6,5 jaar is opgeheven wegens de toestand van de boedel. In de 8 dagen verzetssituatie bestond voor crediteuren ook geen mogelijkheid te “sturen” via art. 69 Fw, zoals wel (ook daadwerkelijk is gebeurd) in onze zaak. Daar is ruimte geweest voor ampel onderzoek mede “gestuurd” via art. 69 Fw procedures, aldus de curator. Zodoende is volgens de curator door het hof terecht geoordeeld dat een art. 18 Fw procedure als de onderhavige het hof geen mogelijkheid biedt om de curator te dwingen meer verhaalsonderzoek te verrichten.

### 3.19

Deze door de curator blootgelegde verschillen spreken aan. Wil je meteen al de “reguliere” vereffening van de boedel door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kunnen torpederen met een beëindiging van de faillissementssituatie, dan moet wel vast komen te staan dat de boedel leeg is en ook geen reële (verhaalbare) potentiële baten in het verschiet liggen. Dat zo kort na faillissement (maximaal 8 dagen) dan strenge eisen worden gesteld aan de kritische blik hierop van de rechter, ligt wel voor de hand. Na een faillissement van jaren waarin de boedel daadwerkelijk is onderzocht door de curator en schuldeisers ook daadwerkelijk hebben geprobeerd de curator te sturen via art. 69 Fw procedures, is sprake van een bepaald verschillende situatie, die ook een andere rechterlijke blik vergt. In zoverre lijkt mij de parallel die verzoekers hier willen trekken dan ook niet (zonder meer) op te gaan.

### 3.20

Mogelijk is het argument van verzoekers hier evenwel als *a fortiori* op te vatten: als in een verzetssituatie ex art. 10 Fw al gevegd wordt dat vast moet staan dat de boedel geen enkel positief resultaat zal opleveren, dan geldt dat al helemaal na een periode van ruim 6,5 jaar faillissement en kan dit als steunargument gelden voor het betoog van verzoekers dat de curator eerst nog gedegen bestuurdersaansprakelijkheids- en verhaalsonderzoek moet doen. We hebben al gezien dat het hof in wezen op twee gedachten lijkt te hinken of sprake is van een voldoende perspectief biedende aansprakelijkheidszaak met dito verhaal, waardoor het arrest als geheel lijdt aan motiverings- en mogelijk rechtsgebreken. Voor de uitkomst van deze zaak is een beslissing over de mogelijkheid van de hier besproken parallel met verzet ex art. 10 Fw denk ik niet nodig, maar ik zie die als gezegd in beginsel niet opgaan.

### Ten slotte

### 3.21

Mogelijk moet het hofarrest — anders dan ik hiervoor heb besproken — evenwel zo opgevat worden dat het oordeel is: wat er zij van het verleden en mogelijk toen verrichte inadequate aansprakelijkheids- en verhaalsonderzoeken door de curator en diens voorganger: nu is dat anders. Er is door de curator aan de hand van uitvoerige door verzoekers aangereikte stukken onderzocht of er een aansprakelijkheidszaak voorligt tegen [belanghebbende] met reële kans op succes en verhaal. Mede gelet op hetgeen ter zitting in hoger beroep aan de orde is gekomen is het oordeel daarover: nee, zo'n *case* ontbreekt hier uiteindelijk. Dan is er weliswaar sprake van een mogelijk minder gelukkig opgezet arrest, maar van een juiste en uiteindelijk wel begrijpelijke beslissing. Dat is in wezen de positie van de curator in cassatie, die bij verweerschrift in cassatie 4.3 stelt dat rov. 3.9.3-3.9.5 *niet dragend* zijn voor het gegeven hofoordeel tot bekrachtiging van de opheffing wegens gebrek aan baten en dat in deze passages slechts sprake zou zijn van een voorlopige conclusie.<sup>[39]</sup>

### 3.22

Ik heb erover gearzeld of deze benadering niet de voorkeur zou moeten krijgen, maar meen toch dat dan van een te beperkte lezing van het bestreden arrest als geheel zou worden uitgegaan. Het is ook geen haalbare kaart om verzoekers hier belang in cassatie te ontzeggen, omdat er volgens mij duidelijke rechts- en motiveringsklachten zijn gericht tegen de vervolgoverwegingen vanaf rov. 3.9.6, juist ook geplaatst in het licht van de voorafgaande rov. 3.9.1-3.9.5. Na verwijzing zal het kerngeschilpunt of er een haalbare en verhaalbare bestuurdersaansprakelijkheidszaak tegen [belanghebbende] voorligt opnieuw feitelijk moeten worden onderzocht.<sup>[40]</sup>

Gelet op het door de curator per e-mail en ter zitting in hoger beroep uiteengezette besluitvormingsproces aangaande het aansprakelijkheids- en verhaalsonderzoek van hem en zijn voorganger, lijkt mij overigens niet ondenkbaar dat daar vervolgens uit zal komen een lijn als in deze conclusie uiteengezet in 3.2-3.4, maar dat vergt een feitelijke beoordeling en is vanwege de mogelijk aangewezen terughoudende toetsing door de rechter hier bepaald niet zeker.

Het probleem in onze zaak is dat het hof die hiervoor in 3.2-3.4 uiteengezette lijn in mijn ogen in onze zaak nu juist niet voldoende kenbaar en eenduidig heeft gevolgd, althans daartoe onvoldoende consistent gemotiveerd heeft overwogen, zodat het arrest lijdt aan motiveringsgebreken en mogelijk blijk geeft van een onjuiste opvatting over de in een art. 18 Fw-procedure aan te leggen toets. Mogelijk speelt daar een vertroebelende rol de in de lagere rechtspraak getrokken parallel met een terughoudende rechterlijke toetsing in geval van heropening van de vereffening ex art. 2:23c BW met als ratio het niet illusoir laten worden van het daadwerkelijk geldend maken van pretense rechten. Maar zo deze parallel inderdaad rechtens te trekken zou zijn, waar de curator als besproken volgens mij overtuigende vraagtekens bij plaatst, dan lijkt het hof hier de lat sowieso te hoog te hebben gelegd, zodat het faillissement niet had behoren te worden opgeheven wegens de toestand van de boedel.

Ik kom op grond van (ook) deze overwegingen dan ook uit op cassatie.

## 4. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

## Voetnoten "Uitspraak"

### [1.]

Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, *Stcrt.* 2012, 3973.

### [2.]

Vgl. onder meer de toelichting op art. 6 van de regeling.

## Voetnoten "Conclusie"

### [1.]

De feiten zijn gedeeltelijk ontleend aan de beschikkingen van Rb. Limburg 30 januari 2017, zaken C/03/226087/HA RK 16-202 en C/03/226097/HA RK 16-203 (vgl. voor de laatste uitspraak bijlage 3 bij het verweerschrift van de curator in hoger beroep) en rov. 3.1 en 3.2 van de bestreden beschikking: Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1902, JOR 2019/237 m.nt. R. Mulder onder JOR 2019/238. Het procesverloop is ontleend aan de beschikking in eerste aanleg van 5 maart 2019 (C/04/12/240 F) en rov. 2.1-2.5 van de bestreden beschikking.

### [2.]

Bijlage 2 bij het verweerschrift van de curator in hoger beroep, onder 10.1.

### [3.]

Vgl. beschikking Rb. Limburg 30 januari 2017, zaak C/03/226087/HA RK 16-202, rov. 4.2.

### [4.]

Vgl. het beroepschrift onder 2.10.

### [5.]

Vgl. beschikking Rb. Limburg 30 januari 2017, zaak C/03/226097/HA RK 16-203, rov. 4.2.

### [6.]

Bijlage 3 bij verweerschrift van de curator in hoger beroep.

### [7.]

Vgl. het bestreden arrest onder 2.1.

### [8.]

In het cassatieverzoekschrift is een voorbehoud gemaakt tot aanvulling van het verzoekschrift naar aanleiding van het ten tijde van het opstellen van het rekest nog niet voorhanden zittingsp-v van de beroepszaak bij het hof. Bedoeld p-v is ambtshalve opgevraagd en bevindt zich in het dossier inmiddels. Geverifieerd is door de griffie dat partijen over het p-v beschikken en aan [belanghebbende] is afschrift gezonden. Aanvulling op het cassatierekest is niet ontvangen, zodat van bedoeld voorbehoud kennelijk geen gebruik is gemaakt.

### [9.]

Vgl. HR 22 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3883, *NJ* 1988/912, rov. 3.3, R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, 2013, p. 136, *Wessels Insolventierecht IV*, 3e druk, 2010, par. 4090; A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172 m.nt. Verstijlen, *JOR* 2016/145 m.nt. J.B.A. Jansen, *JIN* 2016/32 m.nt. J.R. Everhardus, *OR-Updates.nl* 2016/15 m.nt. S. Renssen (*Hoeksma/Trade*) in 3.21.

### [10.]

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, 2013, nr. 160-161 en de conclusie van A-G Timmerman voor *Hoeksma/Trade*, vp. vorige vt., in 3.21 onder verwijzing naar Hof Amsterdam 23 juni 2009, *RI* 2010/11, rov. 2.5.

### [11.]

*Stb.* 2017, 124. Art. II lid 1 bepaalt dat de door de wet voorgestelde wijzigingen van toepassing zijn op faillissementen die zijn uitgesproken na het tijdstip van inwerkingtreding. Dat betekent dat deze wijzigingen *niet* op het faillissement in onze zaak van toepassing zijn.

### [12.]

Vgl. andermaal bedoelde conclusie van Timmerman in de zaak *Hoeksma/Trade*, t.a.p. en E.J. Oppedijk-van Veen en V.G.M. Leferink in: Feenstra, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en de failliet (Insolad jaarboek 2019)*, 2019, p. 194.

### [13.]

MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 3.

### [14.]

HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8256, *NJ* 2001/249 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Dantumadeel*). Zie ook al HR 10 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4358, *NJ* 1975/267 m.nt. B. Wachter.

### [15.]

Te raadplegen op <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/>. De Praktijkregels beoogd curator van 2015 vermeldden overigens niets over het oorzakenonderzoek.

### [16.]

Advies aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie van 28 mei 2014, p. 2, te raadplegen op: <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

### [17.]

[19.]

Zo bijv. A-G Timmerman in zijn al aangehaalde conclusie voor *Hoeksma/Trade* in 3.2.

[20.]

Art. 2:248 lid 10 BW bepaalt dat art. 2:138 lid 10 BW van toepassing is.

[21.]

*Stb.* 2012/3973.

[22.]

*Stb.* 2012/3973, p. 6 e.v. Dat ook voor deze kosten een beroep op de Garantstellingsregeling kan worden gedaan is voor het eerst in 2012 in de Garantstellingsregeling verankerd.

[23.]

Vgl. vt. 34 van het verweerschrift van de curator in cassatie.

[24.]

<https://www.justis.nl/producten/gsr/faq/index.aspx>, voor het laatst geraadpleegd op 27 januari 2020.

[25.]

Vgl. HR 4 oktober 1961, ECLI:NL:HR:1961:150, *NJ* 1961/491; opnieuw Timmermans conclusie voor *Hoeksma/Trade* in 3.21; J.B. Huizink, *Insolventie*, 2018, nr. 34; *Wessels Insolventierecht I* 2018/1468 en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par. 3.16.1.

[26.]

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I*, 2016, p. 328. In art. 16 lid 1 Fw zijn bij de wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement de woorden "Indien de toestand des boedels daartoe aanleiding geeft" vervangen door "Indien niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden". Doel van die wijziging was geen inhoudelijke verandering, maar het onderscheid duidelijk te maken tussen de opheffing bij gebrek aan baten uit art. 16 Fw en de vereenvoudigde afwikkeling uit art. 137a e.v. Fw (die plaatsvindt als aannemelijk is dat de concurrente vorderingen niet geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan), vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27199, 3, p. 5 en verder Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par. 3.16.1 en Van den Sigtenhorst in: *T&C Insolventierecht* (2019), commentaar op art. 16 Fw, aant. 1.

[27.]

*Wessels Insolventierecht I* 2018/1466.

[28.]

Overigens bestaat de mogelijkheid van een nieuw faillissement alleen bij natuurlijke personen nu rechtspersonen als gevolg van de opheffing van het faillissement worden ontbonden en na vereffening ophouden te bestaan.

[29.]

A.M.J. van Buchem-Spapens en mr. T.A. Pouw in: *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Mon. Pr. Nr. 2, 2018/II.5 en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par. 3.16.1.

[30.]

Vgl. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I*, 2016, p. 328, 329, 335, 336; *Wessels Insolventierecht I* 2018/1466-1492; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par. 3.16.1; R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, 2013, nr. 286; A.M.J. van Buchem-Spapens en mr. T.A. Pouw in: *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, (Mon. Pr. Nr. 2) 2018/II.5; E.F. Groot, *Insolventierecht (Studiereeks Burgerlijk Procesrecht)* 2019/2.8.4; R. van den Sigtenhorst in: *T&C Insolventierecht* (2019), commentaar op art. 16-18 Fw; A.J. Tekstra, *SDU Commentaar op Faillissementswet*, art. 18 Fw; J.A. Kinderman, *GS Faillissementswet*, art. 18 Fw, aant. 2.

[31.]

Mogelijk wordt hier bedoeld op de aan HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2727 ontleende parallel in Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8823 (heropening van de vereffening, vgl. daarover hiervoor in 2.21, waarover verweerschrift in cassatie 4.16-4.17).

[32.]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8823, waar het cassatierekest in 3.14-3.15 op wijst en het verweerschrift in cassatie 4.14-4.19 zich tegen keert.

[33.]

Vaste rechtspraak: HR 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0366, *NJ* 1992/132, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bouwbedrijf Vianen*), rov. 3.3 en HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2727, *NJ* 1999/194 m.nt. P.v. Schilfgaarde, *JOR* 1998/165, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*FNV/Ventaz*), rov. 3.4.2 onder verwijzing naar *Bouwbedrijf Vianen*. Vgl. ook conclusie A-G Timmerman voor HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2779, *NJ* 2004/330, *JOR* 2004/127 ([...]/[...]) in 2.3 verwijzend naar *Bouwbedrijf Vianen*.

[34.]

Vgl. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/424, S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap*, diss. 2015, par. 8.2 met verdere verwijzingen en M.Y. Nethé, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, (Recht en Praktijk nr. ONR5), 46, Omstandigheden die kunnen leiden tot

heropening van de vereffening, eveneens met verdere verwijzingen.

[\[35.\]](#)

Afwijzing van het heropeningsverzoek kan tot gevolg hebben dat de verzoeker zijn pretense rechten niet meer daadwerkelijk geldend kan maken, zo het al aangehaalde arrest *Bouwbedrijf Vianen t.a.p.*, alsook *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/424.

[\[36.\]](#)

Verweerschrift in cassatie 4.14-4.19.

[\[37.\]](#)

HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2016/145, m.nt. J.R. Everhardus, *OR-Updates.nl* 2016-0015, m.nt. S. Renssen, *UDH:TvCu/12780*, m.nt. A.W. Jongbloed. Zie over dit arrest met gevolgen *Wessels Insolventierecht* 2018/1425a e.v., m.n. 1425d en over het vervolg op dit arrest: HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, *NJ* 2018/154, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/84, m.nt. J.B.A. Jansen (*Boersen qq/Bedrijfstakpensioenfonds Levenmiddelenbedrijf*) *Wessels Insolventierecht* 2018/1425e.

[\[38.\]](#)

A-G Timmerman stelt in zijn conclusie voor het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest uit december 2017 onder 2.6 dat in *Hoeksma qq/Trade* is uitgemaakt dat het criterium hier is dat vast moet staan dat het faillissement geen enkel positief resultaat zal opleveren.

[\[39.\]](#)

Blijkens het verweerschrift in cassatie zou in cassatie bovendien niet zijn bestreden de passage uit rov. 3.9.6 dat thans onvoldoende duidelijk gebleken is van mogelijk concreet verhaal en evenmin de passage uit rov. 3.9.8 dat verhaal op zich mogelijk in het buitenland bevindende activa van [belanghebbende] verre van zeker is (verweerschrift in cassatie 3.5). Volgens mij richt de klacht zich hier wel tegen: gegeven de overwegingen t/m rov. 3.9.5, geeft de "draai" vanaf 3.9.6 t/m 3.6.8 hetzij blijkt van een onjuiste rechtsopvatting, danwel is sprake van motiveringsgebreken.

[\[40.\]](#)

Dat Uw Raad deze zaak zelf af zou kunnen doen, zoals door verzoekers bepleit bij cassatierekest 5.1, lijkt mij niet juist, omdat afdoening nader onderzoek vergt door de feitenrechter.