

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Activatransactie en daarop volgende turboliquidatie oogt benadelend voor crediteur, maar is dat het ook?

JutD 2023-0006

mr. S.A.C.R. Wahlbrinck¹

Inleiding

Een exploitant van twee supermarkten (“**Verkoper**”) besluit om bedrijfseconomische redenen de ondernemingen waarvan hij enig bestuurder en aandeelhouder is te staken en om aan de hand van een afwikkelingsplan de activa en goodwill van de twee vennootschappen te gelde te maken. In dat kader worden de supermarkten middels een activatransactie verkocht aan de (levens)partner van de Verkoper (“**Koper**”) voor bedrag van € 14.500. Verkoper gaat vervolgens over tot liquidatie van de vennootschappen. Eén van de achterblijvende schuldeisers maakt bezwaar tegen de liquidatie en vraagt het faillissement aan, waarop de geliquideerde vennootschappen failliet worden verklaard. Vervolgens wordt door een andere schuldeiser, Tur-Ned. International Trading B.V. (“**Tur-Ned**”), een aansprakelijkheidsprocedure tegen Koper en Verkoper gestart.

In dit artikel wordt het vonnis in de aansprakelijkheidsprocedure van de Rechtbank Rotterdam² besproken. Voordat dit vonnis wordt besproken, zal worden ingegaan op de daaraan voorafgaande faillietverklaring van de geliquideerde vennootschappen.

Faillissementen Sera Supermarkten

Op 1 maart 2022 zijn de door door ZZ Fruit B.V. (“**ZZ Fruit**”) ingediende verzoeken tot faillietverklaring van Sera Supermarkt Vlaardingen B.V. en Sera Supermarkt Rotterdam B.V. (hierna samen “**Sera Supermarkten**”) behandeld.³ ZZ Fruit zou voor een bedrag van ruim € 110.000 leveranties hebben verricht aan Sera Supermarkten die onbetaald zijn gebleven. Sera Supermarkten hebben hun activiteiten per 18 december 2021 gestaakt en zijn vervolgens op 22 december 2021 ontbonden. Bij gebrek aan baten zijn Sera Supermarkten ingevolge artikel 2:19 lid 4 BW direct opgehouden te bestaan (de zogenoemde ‘turboliquidatie’). De faillissementen van Sera Supermarkten, die door de turboliquidatie niet meer bestaan, worden vervolgens toch uitgesproken.

¹ mr. S.A.C.R. (Sjors) Wahlbrinck is werkzaam als advocaat bij Van Iersel Luchtmann Advocaten te Breda.

² Rb. Rotterdam 4 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:65.

³ De beide faillissementsuitspraken zijn gepubliceerd: Rb. Rotterdam 8 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2757 en Rb. Rotterdam 8 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2748.

Faillissement van ontbonden vennootschap

Ook bij ontbonden vennootschappen kan een (faillissements)rechter⁴ volgens vaste rechtspraak⁵ namelijk toetsen of de vennootschap die is opgehouden te bestaan niet toch beschikt over baten. Indien summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, kan de ontbonden vennootschap in staat van faillissement worden verklaard indien daarnaast ook sprake is van de faillissementstoestand.

Bij de faillissementen van Sera Supermarkten is de rechtbank Rotterdam tot het oordeel gekomen dat vaststaat dat Sera Supermarkten zijn opgehouden te betalen en dat er summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn. De rechtbank overweegt dat summierlijk is gebleken van twee baten, namelijk (i) een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en (ii) dat de overdracht van Sera Supermarkten naar Koper niet tegen een reële prijs heeft plaatsgevonden, waardoor er mogelijk een vordering is op de Koper. Op dit tweede punt wordt later ingegaan in de procedure geëntameerd door Tur-Ned, eerst wordt ingegaan op de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

Is een artikel 2:248 BW-vordering een bate van de rechtspersoon?

De bestuurdersaansprakelijkheidsvordering wordt gebaseerd op artikelen 2:248 jo. 2:394 BW. Deze artikelen bepalen dat indien een rechtspersoon niet (tijdig) de jaarrekening heeft gedeponneerd, in geval van faillissement vaststaat dat het bestuur van de vennootschap zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dit leidt ertoe dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort. Sera Supermarkten hebben sinds hun oprichting in 2017 geen enkele jaarrekening gedeponneerd. Daarom overweegt de rechtbank dat aansprakelijkheid van het bestuur van Sera Supermarkten tegenover de boedel geenszins is uitgesloten en dat (mede daardoor) potentieel sprake is van het bestaan van een bate. De vraag is echter of deze redenering juridisch zuiver is.

Het is vaste rechtspraak dat de rechter terughoudend moet toetsen of het bestaan van een gestelde bate voldoende aannemelijk is.⁶ Er hoeft slechts summierlijk te blijken van feiten of omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, aldus het Adjuncten Properties Holding/Söderqvist q.q.-arrest. Zo wordt ook een gepretendeerde, betwiste en nog niet in rechte vastgestelde vordering gelijk gesteld met een bate als bedoeld in artikel 2:19 lid 4 BW. Op grond van dat artikel

⁴ Zo ook de beslagrechter, vgl. HR 14 juni 2013, NJ 2013/338 (*Van Leeuwarden/Van Dijk*).

⁵ HR 27 januari 1995, NJ 1995/579 (*Adjuncten Properties Holding/Söderqvist q.q.*) m.nt Maeijer.

⁶ HR 11 oktober 1991, NJ 1992/132 (*Bouwbedrijf Vianen*).

houdt een rechtspersoon op te bestaan indien *de rechtspersoon* geen bate meer heeft. Een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering ex artikel 2:9 BW is een vordering van de rechtspersoon. Een vordering ex artikel 2:248 BW is dat niet. Een dergelijke vordering kan namelijk enkel door de curator in stelling worden gebracht en is een vordering van de gezamenlijke schuldeisers.⁷ De curator kan (mede) om die reden een vordering ex artikel 2:248 BW niet cederen⁸ en een bestuurder kan een dergelijke vordering niet pareren met een beroep op decharge.⁹

In de literatuur wordt de vraag of een vordering ex artikel 2:248 BW kwalificeert als bate van de vennootschap zowel positief als negatief beantwoord. De Hoge Raad heeft zich hier (nog) niet over uitgelaten, maar de lagere rechtspraak beantwoordt de vraag veelal positief. Alhoewel een dergelijk oordeel in veel gevallen wenselijk kan zijn, is het de vraag of het juridisch dogmatisch juist is. De rechtbank Rotterdam overweegt echter in lijn met de lagere rechtspraak en oordeelt dat de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering ex artikel 2:248 jo. 2:394 BW baten van Sera Supermarkten zijn.

Indien de rechtbank dit niet als bate van de vennootschap zou kwalificeren, zou dat de uitkomst van de faillissementsprocedures in dit geval niet anders hebben gemaakt. ZZ Fruit heeft namelijk ook aangevoerd dat Sera Supermarkten een potentiële vordering op de Koper heeft uit hoofde van het betalen van een te lage koopprijs voor de activa. Ondanks dat dat wordt betwist, kan een dergelijke potentiële vordering ten grondslag liggen aan het uitspreken van het faillissement. Sera Supermarkten worden dan ook failliet verklaard.

Tur-Ned start aansprakelijkheidsprocedure

Het is goed mogelijk dat de overweging van de Rechtbank Rotterdam in de faillissementsvonnissen dat er (summierlijk aannemelijk) is gebleken dat er een te lage koopprijs is betaald, Tur-Ned heeft aangespoord om een procedure tegen Koper en Verkoper te starten. Sera Supermarkten hebben namelijk facturen van Tur-Ned voor een bedrag van ruim € 43.000 onbetaald gelaten. Tur-Ned betoogt dat Koper en Verkoper op grond van groepsaansprakelijkheid (artikel 6:166 BW) schadeplichtig jegens haar zijn, omdat zij met hun handelen ervoor gezorgd hebben dat de Sera Supermarkten voor veel te lage bedragen zijn verkocht. Zou er een hogere prijs voor de activa zijn betaald, zouden de vorderingen van Tur-Ned uit die hogere opbrengst voldaan kunnen worden.

Koper en Verkoper voeren verweer stellende dat hen geen verwijt te maken valt ter zake de verkoop(prijs) van de activa en de turboliquidatie van Sera Supermarkten.

⁷ Kamerstukken II 1980/1981, 16631, 3, p. 6.

⁸ HR 7 september 1990, NJ 1991/52 m.nt. Maeijer.

⁹ HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. Kortmann en Faber.

Verder verwerpen zij zich dat gelet op de omvang van de (preferente) schuldenlast van schade zijdens Tur-Ned geen sprake is, omdat ook bij een veel hogere kooprijnsbetaling geen uitkering aan Tur-Ned viel te verwachten.

Oordeel van de rechtbank

Tur-Ned wordt door de rechtbank in het ongelijk gesteld, aangezien zij onvoldoende concreet heeft toegelicht waarom zij schade heeft geleden. Vast staat immers dat Tur-Ned een concurrente crediteur is die niet over enig voorrecht of zekerheidsrecht beschikt. Koper en Verkoper hebben dan ook aangevoerd dat Tur-Ned pas dan schade zou kunnen lijden, als de kooprijns hoger is dan de schuldenlast van de preferente schuldeisers. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat Sera Supermarkten een schuld aan de Belastingdienst, een preferente schuldeiser, hebben van ruim € 275.000. Zou er een hogere kooprijns voor de activa zijn betaald dan de preferente schuldenlast behelst, dan zou Tur-Ned voor het meerdere pondspondsgewijs met andere concurrente schuldeisers mee delen. Het voorgaande is door Tur-Ned ter zitting erkend.

Tur-Ned heeft haar vorderingen evenwel gehandhaafd en stellende dat Verkoper een vraagrijns van € 400.000 zou hanteren en dat een bod van € 200.000 door Verkoper zou zijn afgewezen. Daarnaast heeft Tur-Ned een waardering overgelegd waaruit zou blijken dat Sera Supermarkten op € 300.000 gewaardeerd zouden zijn.

Beide stellingen worden door de rechtbank terzijde geschoven. De rechtbank overweegt dat de beweerdelijke vraagrijns en het bod niet zijn onderbouwd, terwijl het op de weg van Tur-Ned heeft gelegen dat zij met feiten komt wie op welk moment bereid was om een concreet overnamebod te doen en tegen welke prijs. De waardering bestaat slechts uit de enkele mededeling van een 'ervaringsdeskundige in de waardering van (Turkse) supermarkten' dat Sera Supermarkten € 300.000 waard zouden zijn.

Daar staat tegenover dat Koper en Verkoper een waarderingsrapport hebben laten opstellen door een financieel advieskantoor. Na een analyse van de EBIT, de omvangrijke schuldenposities en de als gevolg van corona teruglopende bezoekersaantallen komt het financieel advieskantoor uit op een waardering van Sera Supermarkten van € 16.000. De door Koper – op advies van het advieskantoor – betaalde kooprijns van € 14.500 is daarmee allerzins redelijk en ligt mijlenver van de kooprijns die betaald zou moeten zijn alvorens Tur-Ned aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding van Koper en Verkoper. De rechtbank komt derhalve niet toe aan de beoordeling of Koper en Verkoper jegens Tur-Ned aansprakelijk zijn uit hoofde van groepsaansprakelijkheid of anderszins, omdat niet vast is komen te staan dat Tur-Ned schade heeft geleden en Tur-Ned te dien aanzien dus niet voldoet aan de op haar rustende bewijslast.

Conclusie

Een van de conclusies die uit de in deze bijdrage behandelde uitspraken getrokken kunnen worden zou zijn dat de aanvrager van het faillissement van een geturboliquideerde vennootschap, gelet op de verschillende opvattingen in de literatuur en bij gebreke van een oordeel van de Hoge Raad, er verstandig aan doet niet enkel een potentiële bestuurdersaansprakelijkheidsvordering als mogelijke bate op te voeren, maar (ook) een andere bate. Temeer omdat niet veel eisen worden gesteld aan het bestaan van een bate in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW, waardoor het voor een aanvrager van het faillissement mogelijk moet zijn om het bestaan van een bate summierlijk aannemelijk te maken. Te denken valt bijvoorbeeld aan een uitkering onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering aan de vennootschap, een claim onder een (contra)garantie die ten behoeve van de vennootschap is afgegeven dan wel anderszins een al dan niet betwiste vordering van de vennootschap op derden.

Onderdeel van de Faillissementswet is dat de curator een rechtmatigheidsonderzoek verricht. De aanvrager van het faillissement van een vennootschap met (nagenoeg) geen actief beoogt veelal dat een onafhankelijke curator, onderzoek gaat doen naar het reilen en zeilen binnen de onderneming. De aanvrager wil namelijk duidelijkheid hoe het kan dat zijn vordering onbetaald is gebleven, temeer in het onderhavige geval waar een turboliquidatie kort volgt op een activatransactie.

De kern van een faillissement is echter niet het rechtmatigheidsonderzoek, maar het te gelde maken en vervolgens verdelen van de activa van de failliet onder de gezamenlijke schuldeisers. Blijkt er niet van het bestaan van actief, of kan dat niet summierlijk aannemelijk worden gemaakt, dan zal de aanvrager van het faillissement zich moeten afvragen of een faillissement wel het geijkte instrument is. Het uitspreken van het faillissement en het daaropvolgende rechtmatigheidsonderzoek leidt immers niet altijd tot verhaal voor de gezamenlijke schuldeisers. De uitkomst van het onderzoek zou namelijk kunnen zijn dat het bestuur behoorlijk heeft bestuurd en een aansprakelijkstelling en daaropvolgende procedure achterwege blijft. Mocht de curator toch overgaan tot het entameren van een procedure, dan kan het bestuur ook geen verhaal bieden voor een toewijzend vonnis en volgt een pyrrusoverwinning.

Een tweede conclusie is dat er niet te lichtzinnig gedacht kan worden over vragen als het bestaan van schade alsmede de omvang daarvan. De gelaedeerde dient onderbouwd en aan de hand van stukken aan te tonen dat er schade is geleden. Daarmee is de gelaedeerde er nog niet, want daarna volgen nog de vraagstukken omtrent de toerekenbaarheid, het causale verband, matiging van de schade, etc. Daar wordt in de besproken zaak niet eens aan toegekomen.